Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen nach altem und neuem Handelsgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristen-Fakultät der

Grossherzoglich Mecklenburgischen Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Fritz Warburg,

Referendar.

HAMBURG.

Verlagsanstalt und Druckerei A.-G. (vormals J. F. Richter).

1902.

Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen nach altem und neuem Handelsgesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristen-Fakultät der

Grossherzoglich Mecklenburgischen Landes-Universität Rostock

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Fritz Warburg,

Referendar.

HAMBURG.

Verlagsanstalt und Druckerei A.-G. (vormals J. F. Richter).

Meinen lieben Eltern

Litteraturübersicht.

Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum A. D. H.-G.-B., 1. Auflage.
— — Dasselbe, 2. Auflage, bearbeitet von Allfeld.
Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die civilistische Praxis.
Archiv für praktische Rechtswissenschaft.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. I. Band, 1886—1896.
Bender, Lehren des Handelsrechts.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts.
Borchardt, Handelsgesetze des Erdballs in deutscher Uebersetzung. Band V.
Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts, bearbeitet von Endemann.
Brinz, Pandekten.
Buchka, Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen.
Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Auflage.
— Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dernburg, Pandekten.
— Preussisches Privatrecht. 4. Auflage.
Deutsche Juristenzeitung.
Drucksachen des Reichstages. No. 735.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.-G.-B.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten nebst Motiven.
Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift, 1896.
Desgleichen, 1897.
Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 5. Auflage.
Fuld, Das Recht der Handlungsgehülfen. 1897.
Gareis, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs.
— Lehrbuch des Handelsrechts.
— Verträge zu Gunsten dritter.
Gareis-Fuchsberger, Kommentar zum A. D. H.-G.-B.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Band I.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. I. Band, 1. Abteilung, 3. Auflage.
— Dasselbe. I. Band, 2. Auflage.
— System des Handelsrechts. 3. Auflage.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Haase, Der Handlungsgehülfe und sein Chef. 1. und 2. Auflage.
Habicht, Die Einwirkung des B.-G.-B's auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse.
Hahn, v., Kommentar zum A. D. H.-G.-B. I. Band 4. Auflage., II. Band 2. Auflage.
Hand-Wörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis, Loening.
Hasenkamp, Das Konkurrenzverbot nach dem Handelsgesetzbuch. Greifswalder Inaug.-Diss. 1899.
Heintz, Vergleichende Studie über die Rechtsverhältnisse der Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen.
Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen.
Horrwitz, Recht der Handlungsgehülfen. 1897.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (des deutschen bürgerlichen Rechts).

Juristische Wochenschrift.
Keyssner, Kommentar zum A. D. H.-G.-B.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Lubszinsky, Das Eintrittsrecht des Prinzipals in Eigengeschäfte seines Gehülfen.
Makower, Kommentar zum A. D. H.-G.-B. 11. und 12. Auflage.
Moses, Das Recht der Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge.
Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte.
Neumann, Handausgabe des B.-G.-B's.
Oppenheim, Verbotswidrige Handelsgeschäfte. Inaug.-Diss.
Pilz, Der Prinzipal und seine Angestellten. 1897.
Planck, Kommentar zum B. G.-B.
Pöhlmann, Wirthschaftspolitik der Florentiner Frührenaissance.
Pöhls, Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgischen Handelsrechts.
Protokolle der Kommission zur Berathung eines A. D. H.-G.-B's, herausgegeben von Lutz.
Puchelt-Förtsch, Kommentar zum A. D. H.-G.-B., 4. Auflage.
Puchta, Pandekten.
Renaud, Kommanditgesellschaft.
Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts.
Ruhstrat, Savignys Lehre von der Stellenvertretung.
Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts.
Schmid, Grundlehren der Cession.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sick, Die Rechte des Prinzipals aus Artikel 56, 59 des Handelsgesetzbuchs. (Erlanger Inaug.-Diss.) 1896.
Staub, Kommentar zum A. D. H.-G.-B. 5. Auflage.
— Kommentar zum H.-G.-B. 6. und 7. Auflage.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. und 5. Auflage.
— Praxis des deutschen Handels- und Wechselrechts. Heft 1.
Tuchatsch, Kommanditgesellschaft.
Vangerow, Pandekten.
Wendt, Pandekten.
Windscheid, Die „actio".
— Pandekten. 8. Auflage.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (begr. v. Goldschmidt).[1]

---

[1] Tischbeins Dissertation über das gesetzliche Konkurrenzverbot (Rostock 1902) erschien, als die vorliegende Arbeit sich bereits im Druck befand und konnte daher leider nicht mehr berücksichtigt werden.

Uebersicht.

EINLEITUNG. Seite

§ 1. Ueberblick über die Geschichte des Konkurrenzverbotes 9

AUSFÜHRUNG.

I. Teil. Das gesetzliche Konkurrenzverbot für die Handlungsgehülfen nach A. D. H.-G.-B.

§ 2. Wortlaut des gesetzlichen Konkurrenzverbotes für Handlungsgehülfen. Die anderen Konkurrenzverbote des A. D. H.-G.-B's..... 14
§ 3. Die Personen des Konkurrenzverbotes: Prinzipal und Handlungsgehülfe.... 16
§ 4. Gegenstand des Verbotes..... 23
§ 5. Dauer des Verbotes..... 32
§ 6. Folgen der Uebertretung des Verbotes im allgemeinen..... 36
§ 7. Der Schadenersatzanspruch des Prinzipals 38
§ 8. Das Eintrittsrecht des Prinzipals..... 40
§ 9. Das Entlassungsrecht und die Klage auf Unterlassung 58
§ 10. Geltendmachung der Rechte..... 60

II. Teil. Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen nach dem neuen H.-G.-B.

§ 11. Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen im Entwurf des neuen H.-G.-B's und sein Wortlaut im neuen H.-G.-B. — Die anderen gesetzlichen Konkurrenzverbote des neuen H.-G.-B's..... 63
§ 12. Die Personen des Verbotes 66
§ 13. Gegenstand des Verbotes..... 70
§ 14. Dauer des Verbotes..... 87
§ 15. Folgen der Uebertretung des Konkurrenzverbotes, Rechte des Prinzipals aus derselben 89
§ 16. Geltendmachung der Rechte des Prinzipals..... 93

III. Teil.

§ 17. Das gesetzliche Konkurrenzverbot in der Zeit vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900 und die Frage der rückwirkenden Kraft desselben..... 95

SCHLUSS.

§ 18. Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die sogenannte Konkurrenzklausel . 101

§ 1. Einleitung.

Ueberblick über die Geschichte des Konkurrenzverbotes.

Mit dem Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit, das unser modernes Wirtschaftsleben beherrscht, scheint in seltsamem Gegensatz das gesetzliche Konkurrenzverbot zu stehen, welches das alte Handelsgesetzbuch für die Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen aufgerichtet, das neue Handelsgesetzbuch, wenn auch mit wesentlichen Aenderungen, für die Handlungsgehülfen beibehalten hat. Weit mehr noch als die Konkurrenzverbote für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien ist man versucht, das Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen als rückständige Bestimmung, als letzten Rest mittelalterlich-zünftlerischer Gewerbebeschränkungen anzusehen. In der That ist es das Statutarrecht des Mittelalters, in dem zuerst wir ein Konkurrenzverbot vorfinden. Aber wo wir es vorfinden, ist es nicht Merkmal einer der Freiheit der ihm Unterstellten feindlichen Bewegung, sondern es zeigt uns dieselben im Gegenteil auf dem Wege aus einer jede selbständige Bethätigung ausschliessenden Abhängigkeit zu wirtschaftlich kräftigerer und freierer Lage. Wo Kaufmann und Handwerker — ein Gegensatz, der heute noch ein fliessender ist, früher es noch mehr war — Gehülfen und Gesellen speziell die Konkurrenzthätigkeit verboten, da mussten diese nach ihrer sonstigen Lage dazu fähig sein. Im alten Rom versah die Dienste des Handlungsgehülfen wie des Gesellen der Sklave, dessen ganze Thätigkeit seinem Herrn gehörte, aus dessen Handlungen nur der Herr berechtigt und verpflichtet wurde. Der Sklave konnte nicht selbständig Handel oder Gewerbe treiben, so dass es folgeweise im römischen Recht auch kein Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen geben konnte. Ebensowenig aber konnte der Geselle und Gehülfe des Mittelalters zunächst in seiner vollkommenen wirtschaftlichen Abhängigkeit von seinem Brotherrn, der nicht nur über seine Arbeitskraft, sondern über seine ganze Lebenshaltung zu gebieten hatte, irgend welche selbständige Erwerbsthätigkeit entfalten. Der Nürnberger Musterkontrakt eines Tuchhändlers mit seinem Kommis aus dem Jahre 1579, dessen Inhalt Georg Adler[1] anführt, enthält kein

[1] Vergl. Handwörterbuch der Staatswissenschaften, herausgegeben von Conrad, Elster, Lexis, Loening, Band IV, S. 985 ff. (Artikel „Handlungsgehülfe".)

Verbot von eigener geschäftlicher Thätigkeit. Aber wie sollte der Kommis auch eine solche anfangen, wenn er in solchem Masse abhängig war, dass er nach Punkt zwei sich verpflichten musste „nie um Geld zu spielen, nie Geld bei sich zu tragen, sondern es im Bedarfsfall vom Chef sich zu entleihen". Hier war wahrlich ein Konkurrenzverbot unnötig!

In anderen Kontrakten der Gehülfen dagegen findet sich neben vielen anderen Verboten auch „das Verbot von Geschäften für eigene Rechnung oder für die eines anderen als des Prinzipals".[1]

Viel früher als in Deutschland finden wir dasselbe aber in Italien in Florenz, — wo mit der Frührenaissance ein verkehrs- und gewerbefreiheitlicher Zug durch das Zunftwesen ging und den Gehülfen und Gesellen Befreiung von ihre Lebenshaltung, ihre Thätigkeit einengenden Vorschriften brachte. So findet sich schon in den Statuten der „Calimala"-Zunft, „die den Handel mit französisch-flandrischen Tüchern und deren Verfeinerung in Florenz betrieb",[2] von 1301 (II, rub. 21—25) und 1332 (I, rub. 67, 70—72) das Verbot von Geschäften für eigene oder fremde Rechnung.[3]

Mit dem Konkurrenzverbot war hier die Lage des Gesellen frei zu nennen „gegenüber jenem System von Fesseln im Lehrlings- und Gesellenwesen, worin andere zünftige Gesetzgebungen — man denke nur an die damaligen Pariser Handwerksordnungen — so erfinderisch gewesen sind".[4] Mit Recht nennt Pöhlmann das Verbot, dass „der Geselle keine Meisterarbeit verrichte, d. h. auf eigene Rechnung zum Verkauf an andere arbeite oder Lehrlinge halte" — in dieser Form findet sich das Konkurrenzverbot in den Statuten der Panzerschmiede, Riemer, Schmiede, Materialienhändler und Tuchkrämer —, eine „unmittelbare Konsequenz des Zunftzwanges".[5] Aber hinter dem Interesse der Zunft und Zunftmeister steht diesmal — mehr wohl wie bei den meisten anderen die Freiheit der Gesellen einschränkenden Verboten — auch das Gerechtigkeits- und Billigkeitsgefühl der Allgemeinheit. Dem Gedanken, dass es mit dem Rechte des Prinzipals aus dem Dienstvertrage auf die volle geschäftliche Thätigkeit des Handlungsgehülfen in seinem Interesse unvereinbar sei, wenn derselbe selbständige Geschäfte macht, deren Durchführung seine Aufmerksamkeit und seinen Fleiss von dem Geschäfte seines Prinzipals, dem er dienen soll, abziehen, wird man im Prinzip zuzustimmen haben. So führte derselbe denn auch, als Handel und Gewerbe, deren Blütezeit mit dem

---

[1] Vergl. Adler, a. a. O., S. 986.

[2] Robert Pöhlmann: Die Wirtschaftspolitik der Florentiner Frührenaissance und das Prinzip der Verkehrsfreiheit. S. 42, n. 5.

[3] L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 3. Aufl., I. Band, 1. Abteilung: Universalgeschichte des Handelsrechts, § 9, S. 248, n. 44.

[4] Pöhlmann, a. a. O., S. 72.

[5] Pöhlmann, a. a. O., S. 73.

Ausgange des 16. Jahrhunderts ihr Ende erreicht hatte, nach langer, schwerer Niedergangsperiode Ende des 18. Jahrhunderts allmählich wieder zu erstarken begannen, zur Aufnahme der Bestimmung ins Preussische A. L.-R., Teil II, Titel 8, § 523:

„Ohne ausdrückliche Erlaubnis des Prinzipals darf kein Faktor Handlungsgeschäfte auf eigene Rechnung treiben." Nur dem Faktor, dem obersten „Handlungsdiener" und Stellvertreter des Chefs wurde solchergestalt der Eigenhandel verboten, nicht dem übrigen Handlungspersonal, offenbar aus dem Grunde, weil der Stand der Handlungsgehülfen im allgemeinen noch wirtschaftlich viel zu schwach und abhängig war, als dass man von ihnen eine irgendwie bedeutungsvolle, selbständige Thätigkeit ausserhalb des Geschäfts, in dem sie angestellt waren, erwartete.

Das Gemeine Handelsrecht kennt einen Satz wie das Preuss. A. L.-R. auch für den Faktor nicht. Zum mindesten leugnet dies Meno Pöhls[1] entschieden. „Die Behauptung, die unter anderen Bender aufstellt, der Faktor dürfe keine Geschäfte für eigene Rechnung treiben, ist für das gemeine Recht durchaus unbegründet." Er fährt aber fort: „Nur das lässt sich aus der Natur der Sache behaupten, dass der Vorsteher einer ganzen Handlung keine Geschäfte in denselben Handlungszweigen machen dürfe, in welchen die Geschäfte der Handlung bestehen, der er vorgesetzt ist".

Diese Bemerkung Pöhls' ist sicher interessant, indem seine Ansicht gewissermassen im neuen H.-G.-B. gesiegt hat (s. unten).

Thöl erwähnt in der vierten Auflage seines Lehrbuches vor der Fertigstellung des Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs nichts von einem gemeinrechtlichen Konkurrenzverbot für Faktor, „Institor" oder Handlungsdiener allgemein, auch nicht anmerkungsweise zu den Bestimmungen des Entwurfs, die er mitteilt. Wenn Bender[2] dagegen meint: „Kein Faktor sollte nebenher Geschäfte für eigene Rechnung machen dürfen, insbesondere keine, wodurch sein Interesse dem seines Herrn zuwiderliefe. Würde er es doch thun, so müsste der ganze Gewinn daraus dem Herrn zuerkannt werden und ausserdem der Faktor noch in eine verhältnismässige Geldstrafe verfallen". Bestimmungen des Inhalts, wie sie hier Bender für das gemeine Recht behauptet, enthält das Badische Handelsrecht (Art. 7). Vielleicht war bei dem hessischen Advokaten der Wunsch der Vater des Gedankens.

„Als Verschulden gegen die zu prästierende Diligenz" kann es nach Brinckmann[3] namentlich erscheinen, wenn jemand, in dem Dienst des Prinzipals stehend, für eigene Rechnung oder für die eines dritten Geschäfte macht, „sofern nämlich dadurch dem Prinzipal Nach-

---

[1] Darstellung des gemeinen deutschen und hamburgischen Handelsrechts für Juristen und Kaufleute. I. Band, S. 89.

[2] Grundsätze des deutschen Handelsrechts, Band I, S. 108.

[3] Lehrbuch des Handelsrechts, S. 455.

teil geschieht, sei es durch Entziehung eines Geschäftsgewinns oder der Arbeitskraft", wie in der Anmerkung einschränkend bemerkt wird.

War so das Vorhandensein eines Konkurrenzverbotes für Faktoren für das gemeine deutsche Handelsrecht zum mindesten sehr zweifelhaft, so fand sich ein solches im spanischen H. G.-B. vom 30. Mai 1829 in Art. 180, dem der Art. 288 des neuen spanischen H.-G.-B's vom 16. Oktober 1885 entspricht.

Danach dürfen die Faktoren „keinen Handel für eigene Rechnung treiben, auch sich nicht unter eigenem oder fremdem Namen bei Geschäften derselben Art beteiligen, wie die, welche sie im Namen ihrer Prinzipale machen; es sei denn, dass letztere sie ausdrücklich dazu ermächtigt haben".[1] —

Der preussische Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten von 1857 schloss sich, wie ganz natürlich, an das A. L.-R. an und schlug infolgedessen in Art. 46 vor:

„Ein Faktor darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines dritten Handelsgeschäfte machen. Eine Einwilligung des Prinzipals ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Erteilung der Prokura bekannt war, dass der Faktor ein Handelsgewerbe betreibe, und er die Aufgebung desselben nicht ausdrücklich bedungen hat.

Uebertritt der Faktor diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens verlangen. Auch muss sich der Faktor auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden."

Indem der Entwurf auch den Betrieb von Handelsgeschäften für Rechnung eines dritten dem Faktor untersagte, erweiterte er die Bestimmung des A. L.-R's. Er ging auch weiter wie das spanische Recht (s. oben) und der württembergische Entwurf (Art. 72); denn diese „untersagen dem Faktor die Beteiligung nur bei solchen fremden Handelsunternehmungen, welche mit dem ihm anvertrauten Handelsgeschäfte gleichartig sind. Da indessen auch die Beteiligung des Faktors bei Handelsunternehmungen anderer Art leicht zu einer Vernachlässigung der Interessen des Prinzipals führen kann, so erschien es angemessener, bei der Bestimmung des A. L.-R's stehen zu bleiben, welche dem Faktor den Betrieb anderweiter Handelsgeschäfte überhaupt untersagt. Dass der Faktor in dieser Beziehung mehr beschränkt ist, als ein Mitgesellschafter, welchem der Entwurf nur den gleichartigen Handelsbetrieb verbietet (Art. 101), findet eben in seiner abhängigeren Stellung zum Prinzipal genügende Rechtfertigung."[2]

---

[1] Span. H. G.-B. von 1885, übersetzt von Borchard, Art. 288. (Die geltenden Handelsgesetze des Erdballs.) Band V, S. 45.

[2] Entwurf eines H. G.-B's für die preussischen Staaten, nebst Motiven. 2. Teil: Motive, S. 30.

Die Bestimmung des preussischen Entwurfs fand nun ohne eigentliche Debatte Aufnahme in das A. D. H.-G.-B., das in Art. 56, Abs. 1, dem Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten mit Rücksicht auf ihr Vollmachtsverhältnis, in Art. 59 aber allen Handlungsgehülfen das Konkurrenzverbot auferlegt. Der Stand der Handlungsgehülfen war inzwischen so erstarkt, sozial und wirtschaftlich unabhängiger geworden, dass der Unterschied zwischen dem Faktor und dem anderen Handelspersonal nicht mehr angebracht erschien, indem die für unser Verbot massgebenden Gesichtspunkte für alle Handelsgehülfen gleichmässig zutrafen.

So hat der den mittelalterlichen Zunftsatzungen entsprossene Gedanke des Konkurrenzverbots das Zunftwesen selbst überdauert und in der modernen Gesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts seinen Platz von neuem sich erobert und bis ins 20. behauptet. Denn auch das neue H.-G.-B. hat ihn nicht verworfen, vielmehr nur in der Durchführung modifiziert.

Bevor wir aber auf die Bestimmungen des neuen H.-G.-B's über das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen eingehen, sollen die des alten H.-G.-B's eingehender behandelt werden.

I. TEIL.

Das gesetzliche Konkurrenzverbot für die Handlungsgehülfen nach A. D. H.-G.-B.

§ 2. Wortlaut des gesetzlichen Konkurrenzverbotes für Handlungsgehülfen. Die anderen Konkurrenzverbote des A. D. H.-G.-B's.

Die in Frage stehenden Artikel lauten:

Art. 59.

Ein Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines dritten Handelsgeschäfte machen.

In dieser Beziehung kommen die für den Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten geltenden Bestimmungen (Art. 56) zur Anwendung.

Art. 56.

Ein Prokurist oder ein zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellter Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines dritten Handelsgeschäfte machen.

Eine Einwilligung des Prinzipals ist schon dann anzunehmen, wenn ihm bei Erteilung der Prokura oder der Vollmacht bekannt war, dass der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte betreibe, und er die Aufgebung dieses Betriebes nicht bedungen hat.

Uebertritt der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte diese Vorschrift, so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens fordern. Auch muss sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden.

Endlich kommt in Betracht

Art. 64.

Gegen den Handlungsgehülfen kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden

1. . . . . .

2. wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines dritten Handelsgeschäfte macht."

Enthalten diese Artikel das Konkurrenzverbot für Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handlungsgehülfen, so findet sich in Art. 96 A. D. H.-G.-B. ein dem Umfange nach bedeutend engeres Verbot für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft.

Sie dürfen

„ohne Genehmigung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweige der Gesellschaft für eigene Rechnung oder für Rechnung eines dritten Geschäfte machen, noch an einer anderen gleichartigen Handelsgesellschaft als offener Gesellschafter teilnehmen.

Ein analoges Verbot gilt nach Art. 157, Art. 196 a und Art. 232 des A. D. H.-G.-B's für die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien, sowie den Vorstand einer Aktiengesellschaft, wobei nur bei den Bestimmungen, betreffend die „Einwilligung", eine der Natur der einzelnen Fälle entsprechend verschiedene Regelung stattgefunden hat.

Der Grund für die geringere Beschränkung dieser Kategorien von Personen in ihrer Erwerbsthätigkeit ist in der Erwägung zu suchen, „dass einerseits ein Gesellschafter, welcher im Handelszweig der Gesellschaft allein oder gemeinschaftlich mit andern ebenfalls Handelsgeschäfte macht, in der Lage ist, vermöge seiner Kenntnisse der Verbindungen der Gesellschaft, sowie sonstiger deren Geschäftsbetrieb betreffenden Thatsachen, ihr eine gefährliche Konkurrenz zu bereiten (dies kann auch der Fall sein, wenn der Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, Art. 45), und dass andererseits ein Konflikt zwischen den gesellschaftlichen Interessen und den Privatinteressen des Gesellschafters leicht entstehen kann, und zu befürchten ist, dass der Gesellschafter diese mehr als jene wahren, überhaupt jene auf Kosten dieser vernachlässigen werde, z. B. dass er die sich darbietende Gelegenheit zu vorteilhaftem Geschäftsabschluss für sich und nicht für die Gesellschaft ausbeuten werde".[1]

Nur soweit, wie es zur Abwendung einer illoyalen Konkurrenz des Gesellschafters bezw. Vorstandes gegen seine Gesellschaft geboten erschien, war der Handlungsthätigkeit des Gesellschafters etc. ausserhalb der Gesellschaft eine Schranke zu ziehen, nicht aber schlechthin, wie dem Prokuristen oder Handlungsgehülfen, die Vornahme jedes Handelsgeschäfts zu verbieten.

Zur Begründung des weitergehenden Verbotes für diese Personen wurde betont, dass der Prinzipal ihnen gegenüber ein Recht auf ihre

---

[1] v. Hahn, Kommentar zum A. D. H.-G.-B., I. Band, 4. Auflage, § 1 zu Art. 96, S. 411/412.

ungeteilte handelsgewerbliche Thätigkeit habe. Mochte dies für den Handlungsgehülfen, der zu Diensten dem Prinzipal in einem Dienstvertrage sich verpflichtet, immerhin einigermassen zutreffen, so doch kaum gegenüber dem Prokuristen und Generalhandlungsbevollmächtigten als solchem, den, wenn er nicht zugleich Handlungsgehülfe ist, in der Regel ein blosses Auftragsverhältnis mit dem Prinzipal verbindet.

§ 3. Die Personen des Konkurrenzverbotes: Prinzipal und Handlungsgehülfe.

Wenden wir uns nun dem Konkurrenzverbot für die Handlungsgehülfen, das uns hier allein interessiert, und zwar zunächst seinen subjektiven Voraussetzungen zu, so sehen wir, dass es zwei Personen verlangt: Prinzipal und Handlungsgehülfe.

„Prinzipal" zunächst ist der Eigentümer einer Handlungsniederlassung in seiner Eigenschaft als oberster Leiter, Chef derselben. Das Gesetz selbst fügt in Art. 41 die Bezeichnung „Prinzipal" dem Worte „Eigentümer einer Handelsniederlassung" in Klammern bei; aus der Stellung eben des Art. 41 an der Spitze des 5. und 6. Titels aber und der ausschliesslichen Anwendung der Bezeichnung Prinzipal für den Kaufmann in Beziehung zu seinen Leuten im Gesetz wie im allgemeinen Sprachgebrauch folgt die oben gegebene Einschränkung des Begriffs. „Prinzipal ist der Kaufmann in seiner Beziehung zum Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten, sowie auch zum gesamten Hülfspersonal seiner Handlungsniederlassung", definiert von Hahn.[1] Der Begriff „Prinzipal" ist aber nicht gleichbedeutend mit „Dienstherr", wenn er auch leicht mit diesem identifiziert werden mag. Jedem, der in seiner Handelsniederlassung dauernd oder vorübergehend, entgeltlich oder unentgeltlich, vertraglich oder ausservertraglich thätig ist, steht der Prinzipal in seiner Eigenschaft als Leiter des Geschäfts, als „princeps" desselben, gegenüber. So unterstehen dem „Prinzipal" in Bezug auf ihre Thätigkeit in dessen Niederlassung ebenso die Frau, die ihm im Geschäfte hilft oder ihn vertritt, ebenso wie der Freund, dem der Prinzipal in seiner Abwesenheit Prokura erteilt hat, ohne dass er dadurch zum Handlungsgehülfen geworden wäre. Prinzipal kann, wie Inhaber einer Handlungsniederlassung, eine physische, eine Mehrheit von physischen Personen ,wie eine juristische Person sein. Daraus aber, dass der Prinzipal der Inhaber der Handlungsniederlassung eben in seiner Eigenschaft als Leiter der Handelsniederlassung, als Chef des Handlungspersonals und allein in dieser ist, folgt, dass dort, wo sich „Eigentümer der Handelsniederlassung" und „Chef"

[1] a. a. O., § 4 zu Art. 141, S. 245.

derselben nicht decken, indem kraft Gesetzes oder Vertrages nur ein Teil der Inhaber zur Leitung der Handlungsniederlassung befugt ist, auch nur dieser Prinzipal ist. — Es kommt nur auf die Befugnis zur Leitung des Geschäfts an, nicht dagegen ist es nötig, dass der zur Leitung des Geschäfts befugte Inhaber desselben diese Leitungsbefugnis thatsächlich selbst ausübt. Er kann sie ebensogut durch einen andern ausüben lassen. Durch den Vorstand, als ihr Organ, übt die juristische Person die ihr ungeteilt zustehende Prinzipalschaft aus. Bei den Gesellschaften des Handelsrechts dagegen, wo von den Gesellschaftern nur ein Teil zur Vertretung nach aussen und damit auch zur inneren Leitung befugt ist, sind nur diese Prinzipale. Sie sind es ja, die allein kraft Gesetzes oder Vertrages in Beziehung zu dem Personal der Handelsniederlassung treten können. So ist bei der offenen Handelsgesellschaft, wenn nicht allen die Geschäftsführung zusteht, sondern ein Teil von derselben kraft Vertrages ausgeschlossen ist, nur der zur Geschäftsführung berechtigte Gesellschafter „Prinzipal". Mehrere Prinzipale üben ihre Rechte nach den für die Geschäftsführung bei der offenen Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften aus. Ebenso sind bei der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien nur die persönlich haftenden, nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter Prinzipale. Sie s i n d Prinzipale, sie üben nicht etwa bloss der Gesellschaft, die selbst Prinzipal ist, zustehende Rechte aus, wie Sick[1] behauptet. Behrend, der unter Prinzipal den Inhaber der Handelsniederlassung nicht nur in seiner Beziehung zu seinen Leuten, sondern weiter diejenige Person versteht, die „nach aussen als Träger des Handelsgewerbes erscheint", wozu er unbeschränkte und prinzipale Haftung für die während der Dauer der Prinzipalschaft begründeten Geschäftsschulden verlangt,[2] spricht dementsprechend, da er auf die Befugnis zur Geschäftsführung keinen Wert legt, den Mitgliedern der offenen Handelsgesellschaften allgemein, ferner den persönlich haftenden Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien selbst, nicht der Gesellschaft als solcher zu, während die Prinzipalschaft „bei der Aktiengesellschaft auf der eine eigene Rechtspersönlichkeit bildenden Gesellschaft selbst beruht".[3] Die hier vertretene Ansicht ist auch offenbar die Staubs, wenn er zu Art. 41 zu der Frage, wer Prokurist sein kann, bemerkt: „Er muss vom Prinzipal verschieden sein, ein Erfordernis, welches beim stillen Gesellschafter unzweifelhaft vorhanden ist, aber auch bei dem von der Vertretung ausgeschlossenen Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft".[4]

---

[1] Sick, Die Rechte des Prinzipals, aus Art. 56, 59 H.-G.-B. — Erlanger Inaug.-Dissertation 1896, S. 13.

[2] Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. I, 1, § 37, S. 206.

[3] a. a. O., § 25, S. 105.

[4] Staub, Kommentar zum A. D. H.-G.-B., 5. Auflage, § 2 zu Art. 41, Seite 81.

Ist nunmehr festgestellt, wer „Prinzipal" ist, wessen Einwilligung der Handlungsgehülfe braucht, um selbständig Handelsgeschäfte machen zu dürfen, wer ihm gegenüber, falls er das Verbot übertritt, Schadenersatz zu fordern, den „Eintritt zu erklären", Entlassung vorzunehmen hat, so wenden wir uns jetzt den Handlungsgehülfen selber zu. Das A. D. H.-G.-B. giebt uns in seinem Text keine Definition desselben. Der Begriff ist infolgedessen auch in mancherlei Beziehung bestritten.

Wir schliessen uns der Definition von Hahns an, nach der Handlungsgehülfen solche Personen sind, „welche in einem Handelsgewerbe angestellt sind, um kaufmännische Dienste zu leisten".[1] Dass Anstellung in einem Handelsgewerbe vorliegen muss, ist unbestritten. Der Begriff des Handelsgewerbes ist den Artikeln 271, 272 in Verbindung mit Art. 4 zu entnehmen. Ein Handelsgewerbe ist gegeben, wenn gewerbsmässig „Handelsgeschäfte" betrieben werden.

Handelsgeschäfte sind die absoluten Handelsgeschäfte, die in Art. 271, No. 1—4, und die relativen Handelsgeschäfte (Geschäfte, die Handelsgeschäfte im Fall gewerbsmässigen Betriebes sind), die in Art. 272, No. 1—5, aufgezählt sind. Wer diese Handelsgeschäfte gewerbsmässig betreibt, ist Kaufmann. Anstellung in einem Handelsgewerbe und Anstellung bei einem Kaufmann im Betriebe seines Geschäfts ist daher gleichbedeutend. Ohne Rücksicht auf den Gegenstand des von ihnen betriebenen Unternehmens finden nach Art. 5 die in betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen auf die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften Anwendung. Das gleiche gilt (nach § 13 des Gesetzes vom 20. April 1892) für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften gelten als Kaufleute nur, soweit das Genossenschaftsgesetz nichts anderes bestimmt (§ 12 des Gesetzes). In jedem Geschäftsbetriebe nun, dessen Inhaber als Kaufmann gilt, sind die zu kaufmännischen Diensten angestellten Personen Handlungsgehülfen.

Es muss ein vertragsmässiges Dienstverhältnis vorliegen.[2] Behrend[3] und ihm folgend Sick[4] finden in der Hahn'schen Definition, der wir uns angeschlossen haben, in dem Worte „angestellt" die Notwendigkeit eines Dienstvertrages nicht genügend ausgedrückt und berufen sich dabei auf die Bedeutung desselben Wortes in Artikel 50 A. D. H.-G.-B.:

---

[1] a. a. O., § 1 zu Art. 57, S. 304 im wesentlichen gleich Staub a. a. O., § 1 zu Art. 57, S. 109.

[2] Behrend, a. a. O., S. 312, § 44, II. v. Hahn, a. a. O., Vorbemerkungen zu Tit. 5 und 6, § 6. Staub, a. a. O., S. 109, § 1 zu Art. 57.

[3] Behrend, Anmerkung 5 zu § 44, S. 312.

[4] Sick, a. a. O., S. 20.

„Wer in einem Laden . . . . . angestellt ist, gilt für ermächtigt, daselbst Verkäufe und Empfangnahme vorzunehmen."

Nun ist es richtig, dass „angestellt" im Sinne dieses Artikels auch eine solche Person sein kann, die nicht Handlungsgehülfe ist, die z. B. nicht zu kaufmännischen Diensten, sondern zu gewerblichen oder häuslichen Diensten engagiert ist; endlich auch eine solche, bei der ein Vertragsverhältnis nicht vorliegt, wie ein Angehöriger, Ehefrau oder Sohn des Prinzipals. „Es ist nicht nötig, dass die „Anstellung auf einem förmlichen, auf die Dauer geschlossenen Vertragsverhältnisse beruhe, in welchem der Angestellte zu dem Prinzipal stehe; vielmehr werden von dem mehrgedachten Artikel gerade auch diejenigen Fälle mit getroffen, in denen Angehörige des Geschäftsinhabers, ohne von demselben förmlich als Handlungsgehülfen bestellt worden zu sein, im Wege vorübergehender oder bleibender Aushülfe die an sich in den Geschäftsbereich von Handlungsbevollmächtigten oder „Gehülfen" einschlagenden Funktionen verrichten."[1] Kann hiernach „angestellt" im Sinne des Art. 50 unter Umständen auch eine nicht in einem vertragsmässigen Dienstverhältnisse zum Prinzipal stehende Person sein, so muss behauptet werden, dass eben in diesem Art. 50 das Wort „angestellt" in einem von dem gewöhnlichen Sprachgebrauch abweichenden und nur aus dem Zusammenhange eben dieses Artikels hervorgehenden Sinne gebraucht, im allgemeinen aber mit diesem Worte und gerade mit diesem das Vorliegen eines vertragsmässigen Dienstverhältnisses bezeichnet zu werden pflegt. „Angestellter" eines Geschäfts ist danach im allgemeinen, wer vertragsmässig dienstlich in demselben beschäftigt ist. „Angestellt" und „bedienstet" sind gleichbedeutende Worte.[2] So sagt auch Wendt: „Im allgemeinen bezeichnet man die vertragsmässige Begründung des Dienstverhältnisses als die Anstellung der Gehülfen".[3] Wesentlich ist nichts, „als die Verpflichtung des Gehülfen zu ständigen Dienstleistungen bald dieser, bald jener Art". Durch die Bezeichnung des Dienstverhältnisses mit dem Worte „angestellt" wird das speziellere: „Dienstvertrag" vermieden, welches nur zu leicht zu dem Irrtum führt, als müsse es sich bei dem Handlungsgehülfen des A. D. H.-G.-B's etwa stets um die römische Dienstmiete (Gegenleistung des Prinzipals in Geld) oder überhaupt um einen notwendig zweiseitigen Vertrag handeln, welches Erfordernis denn auch Behrend aufstellt,[4] dem sich Sick anschliesst.[5]

---

[1] Entsch. d. O.-A.-G. Leipzig v. 25. April 1876 in Buschs Archiv XXXIX, S. 195.

[2] Siehe auch den Gebrauch dieser Worte nebeneinander in der Definition der Handlungsgehülfen bei Gareis-Fuchsberger, Kommentar zum A. D. H.-G.-B. Anmerkung 106 zu Tit. 6, I B, S. 168.

[3] Wendt in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Band I, S. 252.

[4] a. a. O., § 45, S. 317 (Handlungsdiener), § 47, S. 337 (Handlungslehrlinge).

[5] Sick, a. a. O., S. 21.

Demgegenüber betont Wendt mit Recht, dass es für den Begriff des Handlungsgehülfen gleichgültig ist, „ob er überhaupt eine Gegenleistung empfängt“.[1] Praktisch wird diese Frage bei dem Volontär; denn der besoldete Handlungsgehülfe empfängt als Gegenleistung ein Gehalt, der Handlungslehrling aber als Gegenleistung Unterweisung und Ausbildung. Der Volontär dagegen empfängt eine Gegenleistung aus dem Vertrage nicht; denn als solche wird die Erlaubnis, im Geschäfte des Prinzipals arbeiten und sich umsehen zu dürfen, doch wohl nicht angesehen werden können. Es kann mit dem Volontärvertrag eine Lehrverpflichtung verknüpft sein, aber sie ist es nicht regelmässig. Auch wo eine solche Verpflichtung des Prinzipals nicht vorliegt, ist der Volontär Handlungsgehülfe (nach A. D. H.-G.-B.), sobald er nur zu den Diensten im Geschäfte seines Prinzipals durch einen regelrechten Vertrag verpflichtet ist.[2] Dieses wird in allen Fällen einer Volontärthätigkeit von längerer Dauer der Fall sein. Die Thätigkeit des Volontärs erfolgt hier zwar „umsonst“, aber nicht „freiwillig“ und nicht ohne Zweck. Der Zweck ist die Thätigkeit als Angestellter in einem kaufmännischen Betrieb selbst, als Mittel zur Aneignung der für einen Kaufmann nötigen Kenntnisse und Erfahrung. Um dieses Zweckes willen verpflichtet er sich zur unentgeltlichen Thätigkeit in einem kaufmännischen Geschäfte, und es ist eine einfache Konsequenz dieser Thatsache, dass ihm auch die aus der Anstellung folgende, über die einfache Dienstpflicht hinausgehende Pflicht der Konkurrenzenthaltung zufällt. Auch der Volontär, soweit er vertragsmässig angestellt ist, untersteht also, wie den anderen Vorschriften über die Handlungsgehülfen, dem Konkurrenzverbot des Art. 59, was m. E. nur der Billigkeit entspricht.[3]

Von Gareis-Fuchsberger[4] wird zum Begriff des Handlungsgehülfen ein dauerndes Dienstverhältnis verlangt, ebenso anscheinend von v. Hahn, wenn er zu Art. 50 in Bezug auf die oben erwähnten „Ladenangestellten“ bemerkt: „Dass die Person in einem dauernden Vertragsverhältnisse zum Prinzipal stehe, dass sie wirklich Handlungsgehülfe sei, ist nicht erforderlich“, und anmerkungsweise hierzu: „Vorübergehende, mitunter nur auf Tage, selbst Stunden beschränkte Anstellungen kommen bei Verhinderung der dauernd angestellten Personen oder bei grossem Geschäftsandrang, z. B. bei Markt- oder Messzeiten, thatsächlich häufig vor“.[5] Demgegenüber soll nur Klarheit halber betont werden, dass natürlich die längere oder

---

[1] Wendt, a. a. O., S. 253.

[2] Anschütz und v. Völderndorf, Kommentar zum A. D. H.-G.-B. I, S. 416. Busch in seinem Archiv, Band I, zu Art. 57, S. 79. Gareis-Fuchsberger, Anmerkung 115 zu Tit. 6, S. 171.

[3] A. M. Sick a. a. O., S. 22.

[4] a. a O., Anmerkung 13 zum 6. Titel, S. 170.

[5] Hahn, a. a. O., Band I, S. 268.

kürzere Dauer des Dienstverhältnisses nicht entscheidend sein kann. Die Handlungsgehülfen können auch „vorübergehend" auf Wochen, Tage, ja Stunden angestellt werden. Dagegen muss die Vertragsdauer bestimmt sein und während derselben ein vollkommenes Dienstverhältnis vorliegen, insbesondere der Angestellte nicht nur zu bestimmten Leistungen, sondern allgemein zu Diensten verpflichtet, „nicht der Erfolg der Thätigkeit, sondern er selbst gemietet sein".[1]

Die Dienste, zu denen der Handlungsgehülfe angestellt ist, müssen endlich von einer bestimmten Art, sie müssen kaufmännische sein. Nur wer „kommerziell-technische"[2] Dienste, nicht wer rein gewerbliche oder häusliche Dienste im Betriebe eines Handelsgewerbes zu leisten verpflichtet ist, ist Handlungsgehülfe. Das Reichs-Oberhandelsgericht hat in mehreren Entscheidungen diesen Standpunkt ausführlich begründet,[3] der heute der allgemein in Theorie und Praxis vertretene ist. Eine abweichende Ansicht vertrat vor allem Thöl,[4] unterstützt von Wendt.[5] Thöl, den eingehend zu widerlegen hier nicht der Ort ist, will mit der Erweiterung des Kaufmannsbegriffs durch das A. D. H.-G.-B. über den historischen Begriff des Handeltreibenden hinaus auch eine entsprechende Erweiterung des Begriffs der Handlungsgehülfen eintreten lassen, gegenüber der herrschenden Meinung, nach der der Begriff des Handlungsgehülfen der historische geblieben ist. Während es den hergebrachten Kaufmannsbegriff erweiterte und zwar in einer im Gesetz enthaltenen Definition, „fehlt es für den Handlungsgehülfen im Gesetz an einer ausdrücklichen Begriffsbestimmung", und es ist deshalb zunächst vom üblichen Wortsinne auszugehen.[6] Hiernach ist „Handlungsgehülfe" die übliche Bezeichnung für denjenigen, der kaufmännische Dienste im hergebrachten Sinne des Wortes in einem Handelsgewerbe verrichtet. Hierunter ist die Vornahme solcher Geschäfte verstanden, in welchen derjenige Geschäftsbetrieb besteht, welcher im historischen Sinne als kaufmännischer Betrieb, als Handel bezeichnet wird. Gleichgültig ist, ob der Handlungsgehülfe also zugleich Handlungsbevollmächtigter ist oder ob nur sog. thatsächliche Dienste: Buchführung, Korrespondenz, Gegenstand derselben bilden. Das sie charakterisierende Moment ist die sogen. kaufmännische Signatur. Fehlt diese, so ist der zur Vornahme der Dienste Bestellte nicht Handlungsgehülfe.[7] Ist der Begriff des Handlungsgehülfen, den Thöl aufstellt, einerseits weiter als derjenige der herrschenden

---

[1] Staub, § 1 zu Artikel 57, S. 109.

[2] Gareis-Fuchsberger, Anmerkung 106 zum 6. Titel, S. 168.

[3] Vor allem Entscheidungen des R.-O.-H.-G's, Band XVII, No. 66, S. 304, und Band X, No. 16, S. 299.

[4] Handelsrecht, § 78, und Praxis des deutschen Handels- und Wechselrechts, Heft I, S. 41 ff.

[5] a. a. O., S. 250.

[6] Entscheidung des R.-O.-H.-G's, Band XVII, No. 66, S. 309.

[7] Entscheidung des R.-O.-H.-G's, Band XVII, No. 66, S. 304.

Meinung, indem er auf die „kaufmännischen" Dienste verzichtet, so ist er andererseits enger durch seine Unterscheidung zwischen den beiden Möglichkeiten, wie ein Gewerbe betrieben werden kann: „faktisch und juristisch (vermittels Arbeit und Rechtsgeschäfte)" in Verbindung mit der Behauptung, dass Handlungsgehülfe nur sei, wer „faktische" Dienste zu verrichten habe.[1] Diese Distinktion Thöls, die eine Stütze im Gesetz nur scheinbar findet,[2] ist mit der weitaus herrschenden Meinung[3] zu verwerfen.

Es kann in vielen Fällen zweifelhaft sein, ob ein Angestellter kaufmännische oder rein gewerbliche oder häusliche Dienste zu leisten hat. Auf eine Kasuistik dieser Frage kann aber hier nicht eingegangen werden. Mit derselben haben sich das Reichs-Oberhandelsgericht und andere höchste Gerichte viel zu befassen gehabt, und die Entscheidungen sind von den Anhängern „der kaufmännischen Dienste" in der Mehrzahl widerspruchslos acceptiert. Danach sind vor allem Handlungsgehülfen der in einem Handelsgewerbe vertragsmässig angestellte Prokurist, generelle Handlungsgehülfe, Kommis, Kassierer, Buchhalter, Korrespondent, Reisender; nicht dagegen der Koch eines Restaurateurs (Entsch. des R.-O.-H.-G's im X. Band), die Gesellen und Arbeiter einer Fabrik.[4]

Nicht Handlungsgehülfe ist der Vorstand einer juristischen Person, der Direktor einer Aktiengesellschaft, wenngleich derselbe zu kaufmännischen Diensten vertragsmässig angestellt ist. Denn der Begriff des Gehülfen setzt eine Person voraus, der er hilft, einen Prinzipal, dessen Anweisungen er in Bezug auf seine Dienste zu folgen hat. Dagegen ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft „nicht blosser Gehülfe eines Prinzipals, der neben demselben, unter dessen Aufsicht und Leitung die Geschäfte besorgt, sondern er tritt, so lange seine Funktion dauert, vollständig an Stelle des Prinzipals und übt die Rechte eines solchen aus".[5] Der Vorstand ist zwar nicht Prinzipal (er ist nicht Inhaber der Handelsniederlassung), aber er hat auch keinen Prinzipal über sich, denn die „juristische Person", deren Organ er ist, kann ohne ihr Organ ebenfalls nicht Prinzipal genannt werden, wird zum Prinzipal vielmehr erst gerade durch ihr Organ, durch das sie die Handlungsniederlassung leiten und mit dem Handlungspersonal

---

[1] Handelsrecht, 5. Auflage, § 78.

[2] Thöl stützt seine Ansicht auf Artikel 58, Absatz 1, nach welchem dem Handlungsgehülfen der Abschluss von Rechtsgeschäften für einen Prinzipal versagt sei; es wird aber in diesem Artikel nur der Mangel einer gesetzlichen Ermächtigung zur Vornahme von Rechtsgeschäften hervorgehoben. Cfr. v. Hahn, a. a. O., § 4 zu Artikel 57, S. 306; Anschütz-Völderndorf, Band I, S. 417 ff.

[3] Gegen Thöl auch Wendt, a. a. O., S. 248. Pappenheim in Goldschmidts „Zeitschrift für Handelsrecht", Band 42, S. 301, 302, schliesst sich Thöl an.

[4] Ausführlich Staub, a. a. O., S. 110/112. Cfr. auch unten die dort angeführte Litteratur zum neuen H.-G.-B.

[5] Entscheidung des R.-O.-H.-G's, Band XIX, No. 18, S. 59.

in Beziehung treten kann. Als notwendiger Stellvertreter der Gesellschafter, als „mit der fortdauernden Wahrnehmung der gesamten Interessen der Gesellschaft betrauter Repräsentant" ist der Vorstand deshalb nicht „als blosser Gehülfe" anzusehen.[1] Was von den Vorständen einer Aktiengesellschaft[2] gilt, gilt auch von den Geschäftsführern einer Gesellschaft m. b. H. oder einer eingetragenen Genossenschaft, jedem Vorstande einer juristischen Person, nicht aber etwa von nur den Titel „Direktor" führenden Angestellten einer Fabrik oder eines anderweitigen Gewerbebetriebes, die nicht Organe einer juristischen Person sind und deshalb Handlungsgehülfen sein können. Auch der technische Direktor einer Fabrik wird ein solcher sein, wenn er auch kaufmännische Dienste zu leisten hat.[3] Es wird, wenn der Gehülfe kaufmännische und gewerbliche Dienste zu leisten hat, m. E. für die Frage nach seiner Eigenschaft als Handlungsgehülfe nicht entscheidend sein, welcherlei Dienste die vorwiegenden sind,[4] sondern bereits dann dem Angestellten die (günstigere) Stellung des Handlungsgehülfen zuzubilligen sein, wenn er kaufmännische Dienste in erheblichem Umfange zu leisten hat, so dass sie einen wesentlichen Teil der ihm obliegenden Dienste ausmachen.[5]

§ 4. Gegenstand des Verbotes.

Haben wir nunmehr die Begriffe der an dem Verbote beteiligten Personen, des Prinzipals und Handlungsgehülfen des A. D. H.-G.-B's festgelegt und zwar dahin, dass Prinzipal der Inhaber der Handelsniederlassung als Leiter derselben und Chef des Handlungspersonals, Handlungsgehülfe derjenige ist, der in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt ist, so wenden wir uns nun dem Inhalt des Verbotes zu, das Art. 59 für die Handlungsgehülfen aufrichtet.

Sie dürfen ohne Einwilligung des Prinzipals keine Handelsgeschäfte machen, weder für eigene, noch für fremde Rechnung. Das Verbot umfasst nach Gareis-Fuchsberger[6] alle Handelsgeschäfte, „seien sie absolute oder relative, seien sie gewerbsmässige oder ver-

---

[1] Entscheidung des R.-O.-H.-G's, Band XIX, No. 19, S. 62; Staub, a. a. O., § 1 zu Artikel 57, S. 109; v. Hahn, Band II, 2. Auflage, Anmerkung zu Artikel 227.

[2] Die, wie bereits oben bemerkt, einem besonderen, dem Konkurrenzverbot der Gesellschafter e. o. H.-G. nachgebildeten Verbot (Artikel 232) unterworfen sind.

[3] Entscheidung des R.-O.-H.-G's, Band XVIII, S. 25, No. 6.

[4] Staub, § 1, Anmerkung 1 zu Artikel 57, S. 109. Ebenso Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Auflage, S. 107.

[5] Vergl. Entscheidung des R.-O.-H.-G's, Band XVIII, No. 6, S. 25.

[6] Kommentar a. a. O., Anmerkung 120 zum 6. Titel, S. 173. Ebenso Oppenheim, Verbotswidrig abgeschlossene Handelsgeschäfte. Inaug.-Dissertation, S. 31; Wendt in Endemanns Handbuch I, 2, § 66, S. 254.

einzelte". Diese Ausdrucksweise ist zum mindesten missverständlich, denn danach könnte man annehmen, dass dem Handlungsgehülfen auch vereinzelte „relative" Handelsgeschäfte verboten sind. Das ist aber durchaus unrichtig. Nach dem klaren Wortlaut des Art. 272 sind die in demselben aufgeführten Geschäfte eben nur dann Handelsgeschäfte, wenn sie gewerbsmässig betrieben werden.

Gewerbsmässiger Betrieb liegt dann vor, wenn das Handelsgeschäft von dem, der es vorgenommen hat, als Teil einer Thätigkeit gewollt war, die eine dauernde Gewinnquelle für ihn darstellen sollte. „Gewerbsmässig ist der Betrieb als ständige Einnahmequelle: jedes einzelne Handelsgeschäft erscheint als Teil eines gewollten, auf Erzielung eines Einkommens gerichteten Geschäftskomplexes von an sich unbestimmtem Umfange, als blosses Glied einer im voraus in unbestimmter und unbestimmbarer Zahl beabsichtigten Reihe von Handelsgeschäften, welche durch das innere Band des einheitlichen Gewerbewillens zusammengehalten werden".[1] Nicht die Häufigkeit der abgeschlossenen Handelsgeschäfte, sondern die Gewerbsabsicht ist das einzig Entscheidende.[2] Man wird ausserdem verlangen müssen, dass sich der Gewerbswille „auch nach aussen dem Publikum gegenüber manifestiert".[3]

Demnach kann der Handlungsgehülfe, gleichgültig, ob in dem Handelsgewerbe, in welchem er beschäftigt ist, gerade dieses Geschäft gewerbsmässig betrieben wird, ein relatives Handelsgeschäft vornehmen, wenn sich dieses nur nicht als Teil einer ganzen Gewerbethätigkeit (sei es auch bloss als gedachter Anfang) in der betreffenden Geschäftsgattung darstellt. Sicherlich wird man eine Gewerbeabsicht dann in der Regel eher anzunehmen haben, wenn der Handlungsgehülfe in der Branche seines Prinzipals, in der er über besondere Kenntnisse verfügt, Geschäfte macht, als wenn er gelegentlich ein solches in einem anderen Handelszweige macht. Aber es kann hiernach auch sehr wohl, falls eben nur die Gewerbeabsicht fehlt, beispielsweise der Handlungsgehülfe eines Bankiers ebensogut wie der Handlungsgehülfe eines anderen Geschäftes ein Bankiergeschäft machen, indem er z. B. einen Wechsel diskontiert. Er darf aber den Wechsel nicht in der Absicht diskontieren, ihn weiter zu verkaufen; denn sonst läge ein Spekulationskauf nach Art. 271, 1, mithin ein objektives Handelsgeschäft vor, dessen Abschluss ihm absolut auch nicht gewerbsmässig verboten ist. Durch Art. 271, 1 und 2, wird den Handlungsgehülfen jedes noch so kleine und vereinzelte Warengeschäft und jedes Spekulationskaufgeschäft an der Börse untersagt. Sie dürfen nicht à la hausse spekulieren, da sie hierbei den

[1] Goldschmidt, a. a. O., § 43, S. 455.
[2] Staub, a. a. O., § 2 zu Artikel 4, S. 9.
[3] Urteil des R.-G's (VI) vom 9. November 1893. Juristische Wochenschrift 94, No. 46, S. 19. A. M. Staub, a. a. O., § 2 zu Artikel 4, S. 10.

Kauf von Waren oder Wertpapieren in der Absicht vornehmen, dieselben weiter zu veräussern, falls die Preise steigen; und sie dürfen nicht à la baisse spekulieren, da der Verkauf von Wertpapieren, die der Spekulant selber zum Zwecke ihrer Lieferung anschafft, unter Art. 271, 2, fällt. Bei dem Kauf in der Absicht der Weiterveräusserung muss aber diese Absicht bei der Anschaffung vorhanden und erkennbar gewesen sein.[1] „Die Erkennbarkeit kann sich aus ausdrücklichen Erklärungen des Anschaffenden oder aus den Umständen ergeben, auch aus der Persönlichkeit des Anschaffenden, aus der Natur der Ware."[2] So kann die Spekulationsabsicht des Käufers von Wertpapieren aus der Natur dieser Wertpapiere, welche ausschliesslich zu Spekulationszwecken gekauft zu werden pflegen, folgen.[3] Die Natur des Kaufgeschäfts als Handelsgeschäft muss im Zweifelsfalle derjenige beweisen, der sich darauf berufen will; es muss also in unserem Fall der Prinzipal, der behauptet, dass sein Handlungsgehülfe dem Konkurrenzverbot entgegen Aktien angekauft in der Absicht, sie weiter zu veräussern, die Spekulationsabsicht des Handlungsgehülfen, welcher dieselbe bestreitet, indem er angiebt, die Wertpapiere nur zur Kapitalsanlage gekauft zu haben, — was ihm unbedingt freisteht, — erweisen, was sicher in den meisten Fällen (Ausnahme: ausgesprochene Spekulationspapiere, s. oben) sehr schwer sein wird. Dass der Handlungsgehülfe die Aktien zur Kapitalsanlage von einem Bankier und nicht von einem Privatmann erworben hat, der sie ihm auf Wunsch besorgt hat, kann natürlich nichts ausmachen. Ein Geschäft, das auf seiten des anderen Kontrahenten Handelsgeschäft ist, ist deshalb noch kein Handelsgeschäft für ihn, wenn auch nach Art. 273 die Vorschriften über Handelsgeschäfte in der Regel für beide Kontrahenten Anwendung finden. Dies ergiebt sich, ebenso wie der Satz, dass relative Handelsgeschäfte nur gewerbsmässig betriebene Handelsgeschäfte sind, nicht erst aus einer „einschränkenden Interpretation des Begriffs der Handelsgeschäfte",[4] sondern aus der allein möglichen. Die andere Interpretation, wonach Handelsgeschäfte des einen Kontrahenten zugleich Handelsgeschäfte des anderen Kontrahenten wären, würde zu Konsequenzen führen, die Sick mit Recht als absurd bezeichnet. Der Gehülfe würde sich ohne Einwilligung seines Prinzipals „nichts in einem Kaufmannsgeschäfte für seine eigenen Bedürfnisse kaufen dürfen".

Ebensowenig nun, wie dem Handlungsgehülfen nicht verboten ist, Geschäfte zu machen, die nur auf seiten des Gegenkontrahenten Handelsgeschäfte sind, kann ihm eine Thätigkeit verboten sein, die

---

[1] Hahn, a. a. O., Band II, 2. Auflage (§§ 11, 12 zu Artikel 271[1], S. 10, 14); Staub, a. a. O., §§ 10, 11 zu Artikel 271[1], S. 706.

[2] Staub ebenda.

[3] R.-O.-H.-G., Entscheidungen, Band 8, No. 11, S. 471.

[4] Sick, a. a. O., S. 34.

zwar Handelsgeschäfte im Gefolge hat, aber nicht Handelsgeschäfte von seiner Seite, nicht Handelsgeschäfte, bei denen er Kontrahent ist: Handelsgeschäfte, die der Handlungsgehülfe als Vertreter abschliesst, sind nicht Handelsgeschäfte von seiner Seite. Hier steht freilich die herrschende Meinung entgegen. Es findet sich durchweg, soweit die Autoren sich zu der Frage äussern, die Ansicht vertreten: der Handlungsgehülfe darf Handelsgeschäfte weder in eigenem, noch in fremdem Namen machen. „Das Verbot trifft auch den Abschluss in fremdem Namen.“ [1] [2]

Eine Begründung erfährt dieser Satz an keiner der angeführten Stellen; demnach scheint er für selbstverständlich gehalten zu werden. Hiervon weit entfernt, ist er aber als unrichtig zu bekämpfen. Der Handlungsgehülfe soll keine Handelsgeschäfte machen; damit soll dem Handlungsgehülfen nicht etwa jede kaufmännische Thätigkeit ausserhalb des Handelsgewerbes seines Prinzipals verboten werden. Man wollte und konnte den Handlungsgehülfen nicht verbieten, für andere Kaufleute Buchführungsarbeiten zu übernehmen, Korrespondenz zu besorgen, kurz: in jeder Weise ihre kaufmännisch geschulte Arbeitskraft ausserhalb ihrer Dienststunden in dem Gewerbe des Prinzipals entsprechend zu verwerten, falls sie nur im Geschäfte des Prinzipals die vertragsmässigen Dienste ordnungsmässig leisteten. Nur eins sollte verhütet werden: dass der Handlungsgehülfe sich selbständig in geschäftliche Unternehmungen einliesse, selbst kaufmännisches Risiko übernähme und Handlungsgeschäfte selbständig kontrahierte. Er sollte nicht Handelsgeschäfte machen dürfen. „Machen“ kann aber hier nur bedeuten: in eigenem Namen schliessen; das ist m. E. die einzig natürliche und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entsprechende Auslegung dieses Wortes. Ist bei dem Abschluss eines Vertrages ein Stellvertreter thätig, so „macht“ doch nicht dieser das Geschäft, sondern derjenige, der allein die Rechte und Pflichten aus dem Vertrage überkommt: der Vertretene.

Der Direktor einer Aktiengesellschaft, der für seine Gesellschaft ein Handelsgeschäft abschliesst, „macht“ doch nicht dasselbe, sondern die vertretene Gesellschaft. Man brauchte nur den Gegenkontrahenten zu fragen, mit wem er das Geschäft gemacht habe. Er würde vernünftigerweise die Gesellschaft nennen; wogegen wenn man sagt: der Direktor macht Geschäfte an der Börse, jeder dabei meint, dass der Direktor für sich selbst Geschäfte macht. Soll es nur darauf ankommen, dass der Handlungsgehülfe ein Geschäft abschliesst, gleichgültig, ob in eigenem oder fremdem Namen, so wird damit nicht auf das, was das Entscheidende sein sollte, auf das „Handeltreiben“, sondern

---

[1] Behrend, a. a. O., § 45, No. 4, S. 325.

[2] Ebenso Staub, a. a. O., Artikel 56, § 2, S. 107; Hahn, a. a. O., § 3 zu Artikel 56, S. 294; Sick, a. a. O., S. 31.

auf eine rein formelle Beteiligung beim Abschluss eines Handelsgeschäfts, dass selbst für den Abschliessenden gar keine rechtliche Folge zu haben braucht, Wert gelegt. Vor allem wird damit in die Thätigkeit des Handlungsgehülfen die Unterscheidung wieder hineingetragen, die scheinbar eben überwunden ist, die Unterscheidung zwischen „juristischen" und „thatsächlichen" Diensten, von denen er die einen ausserhalb des Geschäftes leisten darf, die anderen nicht!

M. E. ist aber die Frage so zu entscheiden, dass der Handlungsgehülfe durch Art. 59 in keiner Weise gehindert ist, sobald er nur seinem Prinzipal (es wird einer herausgegriffen) die vertragsmässigen Dienste leistet, anderen Kaufleuten kaufmännische Dienste zu leisten, mögen sie nun „juristische" oder „faktische" sein, nicht aber selbständig als Kaufmann auftreten darf, weder für eigene, noch fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen, d. h. auf seinen Namen abschliessen darf. So kann also der Handlungsgehülfe, ohne gegen das Verbot des Art. 59 zu verstossen, als Prokurist eines anderen Kaufmannes thätig sein (ebensogut wie als Buchhalter desselben), auch Vorstand einer juristischen Person als Direktor einer Aktiengesellschaft, Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. darf er sein, was praktisch wohl ungeheuer selten sein dürfte, da eben die Anstellung in einem Handelsgewerbebetriebe die Anstellung in einem anderen, zumal in leitender Stellung, in der Regel ausschliessen wird.

Betreibt der Handlungsgehülfe, ohne in ein anderes kaufmännisches Dienstverhältnis zu treten, gewerbsmässig (s. oben) die Vertretung und Abschliessung von Handelsgeschäften für andere, so macht er damit Handelsgeschäfte nach Art. 274, 4. Hier ist das Vertretungsgeschäft, das Handelsgeschäft auf seiner Seite, nicht das durch ihn abgeschlossene Geschäft zwischen dem von ihm Vertretenen und dem Dritten. So ist es dem Handlungsgehülfen mit Recht verboten, ohne Einwilligung seines Prinzipals als Agent für andere Kaufleute irgend welcher Branche thätig zu sein. (Dies ist wahrscheinlich die hauptsächlichste Art, wie die Handlungsgehülfen im Nebenerwerb Handelsgeschäfte machen.) Wollen nun Behrend, von Hahn und Staub annehmen, dass der Handlungsgehülfe und überhaupt jeder Agent bei dem Abschlusse eines Handelsgeschäfts für einen anderen ein doppeltes Handelsgeschäft macht, das eine mit dem Dritten, mit dem er in gar kein Vertragsverhältnis tritt, und das andere mit dem von ihm Vertretenen, wirklichen Kontrahenten des Vertrages? Das wäre offenbar die Konsequenz, ebenso, das wenn ein Handlungsgehülfe durch einen anderen Handlungsgehülfen, als seinen Vertreter, ein Handelsgeschäft abschliesst, beide das Handelsgeschäft „machen"! Oder soll etwa derjenige, der durch einen Vertreter handelt, kein „Handelsgeschäft machen"? Davon kann doch nicht die Rede sein. Es ist dem Handlungsgehülfen natürlich ebenso untersagt, Handelsgeschäfte durch einen Stellvertreter, wie gemeinsam mit anderen

Handelsgeschäfte zu machen. Immer aber muss er es sein, der durch die Handelsgeschäfte berechtigt und verpflichtet wird und zwar direkt und in vollem Umfange. Eine blosse Kapitalbeteiligung bei einem Unternehmen kann ihm nicht versagt werden.

Ebenso wie er deshalb Aktionär einer Aktiengesellschaft werden darf, kann er Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Genossenschafter einer eingetragenen Genossenschaft, Kommanditist einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und Kommanditist einer gewöhnlichen Kommanditgesellschaft werden, stiller Gesellschafter einer stillen Gesellschaft sein, während er offener Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft und einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne Einwilligung des Prinzipals nicht sein kann. Bei der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft m. b. H. und der eingetragenen Genossenschaft kann ein Zweifel wohl nicht bestehen. Da sie juristische Personen sind, so machen nicht ihre Mitglieder, sondern sie selbst die Geschäfte. Nach der anderen Seite ist es bei der offenen Handelsgesellschaft unbestritten, dass auch, wenn ein Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, doch alle gleichmässig durch die Geschäfte, die im Namen der Gesellschaft abgeschlossen werden, berechtigt und verpflichtet werden und demgemäss die Geschäfte der Gesellschaft gemeinsam machen. Der stille Gesellschafter, der nur mit einer Einlage am Geschäft eines Kaufmanns sich beteiligt, tritt durch die Geschäfte desselben mit dritten Personen nicht in Verbindung mit diesen und macht also auf diese Weise auch keine Handelsgeschäfte. Der Kommanditist nun der offenen und der der Kommanditgesellschaft auf Aktien treten zwar mit den Kontrahenten der Gesellschaft in Beziehung, indem sie bis zur Höhe ihrer Einlagen für die Gesellschaftsschulden haften, aber in vollem Umfange werden aus den Gesellschaftsgeschäften nur die persönlich haftenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, die auch allein den Gegenkontrahenten gegenüber auftreten und aufzutreten berechtigt sind. Sie allein „machen“ deshalb die Geschäfte (Handelsgeschäfte) der Gesellschaft.

Die hier eingenommene Stellung in dem grossen Streit um die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten soll unten im zweiten Teil, bei der Frage, wer ein Handelsgewerbe betreibt, wo die Erörterung m. E. besser hingehört, ausführlicher unter Bezugnahme auf die einschlägige Litteratur verteidigt werden, zumal durch das neue Gesetzbuch die prinzipiellen Grundlagen dieser Frage nicht verschoben werden. Die Frage nach der Zulässigkeit kommanditistischer Beteiligung des Handlungsgehülfen an fremden Handelsgeschäften ist in der Litteratur zum A. D. H.-G.-B. regelmässig nicht erörtert. Doch scheint die Praxis auf dem hier vertretenen Standpunkt ge-

standen zu haben, indem auch Haase (Syndikus des Vereins der Handlungsgehülfen) in seinem „Praktischen Rechtsbuch“ „die Beteiligung als stiller Gesellschafter und auch als Kommanditist, wofern nur keine persönliche Haftung vorliegt“, für gestattet erklärt.[1]

Der Handlungsgehülfe darf nicht Kontrahent von Handelsgeschäften sein, und deshalb darf er auch nicht für fremde Rechnung in eigenem Namen als Kommissionär kontrahieren. Er darf weder für eigene, noch für fremde Rechnung Handelsgeschäfte machen. Wird auch der Kommissionär, wenn das Geschäft glatt verläuft, durch seinen Kommittenten gedeckt und seine Verpflichtungen von diesem übernommen, so ist er doch zunächst dem dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet. Deshalb war dem Handlungsgehülfen ebenso das Kontrahieren von Handelsgeschäften für eigene, wie fremde Rechnung ohne Einwilligung des Prinzipals zu verbieten.

Wann liegt nun „Einwilligung“ des Prinzipals vor? Das preussische Allgemeine Landrecht in seiner bereits oben erwähnten Bestimmung verlangte eine ausdrückliche Erlaubnis des Prinzipals. Nach Art. 59 kann die Einwilligung (die Erklärung, dass die Handlung des anderen dem eigenen Willen entspreche), wie jede andere Willenserklärung, durch konkludente Handlung erklärt werden; „es muss genügen, wenn die Genehmigung des Prinzipals aus den Umständen deutlich hervorgeht“.[2] Das Gesetz stellt in Art. 56 eine Fiktion auf für den Fall, dass der Prinzipal, dem bei Erteilung der Prokura oder Vollmacht bekannt war, dass der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte für eigene oder fremde Rechnung Handelsgeschäfte betreibe, und er die Aufgabe dieses Betriebes nicht bedungen hat. Hier soll die Einwilligung angenommen werden. Damit wird das Stillschweigen des Prinzipals, das Nichtausbedingen der Aufgabe des Betriebs von Handelsgeschäften vom Gesetze als konkludente Einwilligungshandlung erklärt. Da Art. 59 auf Art. 56 verweist, so muss das Gleiche gelten, wenn der Prinzipal bei Eingehung des Dienstvertrages mit dem Handlungsgehülfen wusste, dass dieser Handelsgeschäfte betrieb, und sich nicht die Aufgabe des Betriebes ausbedungen, d. h. vertragsmässig ausgemacht hat.

Der preussische Entwurf verlangte in Art. 46 a. E., dass der Prinzipal sich die Aufgabe des Betriebes „ausdrücklich bedungen“ hat. Auf den Nürnberger Konferenzen wurde der Antrag, das Wort: „ausdrücklich“ zu streichen, da es an allem Grunde fehle, warum die Aufgebung des Handelsgewerbes nicht auch stillschweigend solle bedungen werden können, zunächst mit 9 gegen 8 Stimmen abgelehnt,[3] dann aber doch eine diesem Antrage entsprechende Fassung

[1] Dr. M. Haase, Der Handlungsgehülfe und sein Chef, Praktisches Rechtsbuch, 1. Auflage, S. 15.

[2] Anschütz und v. Völderndorff, a. a. O., Band I, S. 412, Anmerkung 4 zu Artikel 56.

[3] Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, herausgegeben von Lutz, S. 963 zu Artikel 54.

angenommen.[1] Dass man sich schwer entschloss, das „ausdrücklich" zu streichen, hat offenbar seinen Grund darin, dass man befürchtete, in dem blossen „bedungen" möchte die Forderung vertragsmässiger Abrede nicht genügend zum Ausdruck kommen, welche Furcht allerdings von dem Antragsteller mit Recht für unbegründet erklärt wurde.

Der Art. 56, Abs. 2, hebt einen Fall stillschweigender Genehmigung hervor; es kann aber auch sonst unter Umständen ein Stillschweigen des Prinzipals, obwohl er von den Geschäften des Handlungsgehülfen Nachricht erhalten hat, als Einwilligung gedeutet werden.[2] Insbesondere wird, wenn der Handlungsgehülfe während des Vertragsverhältnisses mit Wissen des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben anfängt und fortfährt, ohne dass der Prinzipal ihm dies verbietet (ein „bedingen" der Aufgabe ist hier nicht nötig), für den Fortbetrieb des Handelsgewerbes Einwilligung des Prinzipals anzunehmen sein. Wendt meint, „die voluntatis interpretatio wird aber, genauer ausgedrückt, nicht sowohl auf positive Zustimmung und Genehmigung, als auf das Geschehenlassen und Nichtwidersprechen zu richten sein."[3] Dem muss entgegengetreten werden.

Wenn das Handelsgesetzbuch „Einwilligung" verlangt, so ist damit Zustimmung des Prinzipals zu der Vornahme des Handelsgeschäfts v o r derselben gefordert.[4] Nachträgliche Genehmigung steht hier der vorherigen Zustimmung durchaus nicht gleich. Sie kann anderweite Konsequenzen haben,[5] aber sie hebt die Thatsache nicht auf, dass das Handelsgeschäft ohne „Einwilligung" vorgenommen und damit das Verbot übertreten wurde. Ein „Geschehenlassen", ein „pati", ein „Nichtwidersprechen" kann nun niemals eine vorherige Zustimmung zu der Handlung bedeuten, die „geschehen gelassen wird"; denn es setzt eben diese Handlung voraus. Es kann vielmehr nur dieser Handlung gegenüber als Genehmigung in Betracht kommen für eine Reihe folgender gleichartiger Handlungen, aber als konkludente Einwilligungshandlung. Es giebt also nicht, wie Wendt meint, das wirklich vorhandene „Geschehenlassen", die patientia, sondern die durch die patientia herbeigeführte Fiktion der Einwilligung den Ausschlag. Das Geschehenlassen selbst hat gar keine Wirkung auf die Handlung, welche geschehen gelassen wird; und auf die anderen folgenden Handlungen hat es eben auch nur die indirekte, dass es die Fiktion der Einwilligung zu denselben zulässt. Wendt führt für seine Behauptung die römischen Qellenstellen von der

---

[1] Protokolle a. a. O., S. 975.

[2] Anschütz-v. Völderndorff, a. a. O., Band I, S. 412, Anmerkung 4 zu Artikel 56; Staub, a. a. O., S. 107, § 3 zu Artikel 56.

[3] Wendt, a. a. O., S. 255.

[4] Damit wird für das alte und neue H.-G.-B. (B.-G.-B.) übereinstimmender Sprachgebrauch behauptet.

[5] Siehe unten.

actio tributoria [1] und exercitoria [2] an, wo auch der Nachdruck auf das non contradicere, das pati gelegt werde. Hier handelt es sich aber auch stets um eine Reihe von Handlungen. Weil der Herr den Sklaven eine Zeitlang hat Handel treiben lassen, den Schiffsführer das Schiff führen, wird nunmehr seine Einwilligung für die folgenden Handlungen fingiert. Weil er ruhig zugesehen hat, wie der Sklave den Handelsbetrieb begann, consentire videtur, dass er ihn weiterführt. [3]

Aber nur dann kann aus dem Geschehenlassen des Handelsgeschäftes, der Thatsache, dass der Prinzipal, nachdem er es bemerkt, nicht Einspruch erhoben hat, eine stillschweigende Einwilligung zu anderen Handelsgeschäften gefolgert werden, wenn es sich als Teil eines ganzen Handelsgewerbebetriebes darstellt und auch der Prinzipal es als solchen erkennt.

Handelt es sich aber, wenn auch nur nach der Ansicht des Prinzipals, um ein einzelnes Handelsgeschäft, so kann, wenn er von demselben erfährt, und aus irgend welchen Gründen, beispielsweise aus Nachsicht gegen den Handlungsgehülfen, indem er für die eine Uebertretung „ein Auge zudrücken" will, oder weil er sonst mit demselben zufrieden ist und erst eine nochmalige Uebertretung abwarten will, um einzuschreiten, nicht gleich Einspruch erhebt, „aus dem pati des einen Falles nicht schon eine Erlaubnis auch zu weiteren Geschäften hergeleitet werden". [4] Aber hier wird nicht, wie Wendt fortfährt, „von Fall zu Fall" gefragt werden müssen, ob patientia vorhanden i s t, sondern ob Einwilligung vorhanden w a r. Sonst hat ja der Handlungsgehülfe, der „es mal riskiert" und zum ersten Male ein Handelsgeschäft macht, weil der Prinzipal, der davon erfährt, nichts sagt, nicht widerspricht, sondern es geschehen lässt, gar nicht das Verbot übertreten! Man wird endlich annehmen müssen, dass der Prinzipal, der sich einmal, wenn auch schon bei Beginn des Vertrages, energisch das Betreiben aller Handelsgeschäfte verbeten hat, sich damit der Notwendigkeit überhoben hat, falls nun doch der Handlungsgehülfe Handelsgeschäfte zu machen, ein Handelsgewerbe zu betreiben anfängt, sobald er davon erfährt, noch einmal ausdrücklich protestieren zu müssen, damit nicht der Handlungsgehülfe aus seinem Stillschweigen eine Einwilligung zu weiteren Geschäften herleite. Dem ausdrücklichen Verbot gegenüber wird sich billigerweise der Handlungsgehülfe nur auf eine ausdrückliche Einwilligung berufen dürfen. Es ist eben mit Ausnahme des Falles in Art. 59, Abs. 1, nur dann eine Einwilligung zu fingieren, wenn sie aus den Umständen unzweifelhaft hervorgeht, wobei für das einzelne Geschäft allein die Zustände vor demselben in Betracht kommen.

---

[1] l. 1, § 3 D. de trib. act. 14, 4.

[2] l. 1, § 5 D. de exerc. act. 14, 1.

[3] Gegen Wendts Ausführungen auch Sick a. a. O., S. 28, 29, der in den von diesem angeführten Gesetzesstellen nur eine „Interpretationsregel" findet.

[4] Wendt, a. a. O., S. 256.

§ 5. Dauer des Verbotes.

Fällt aber das Konkurrenzverbot weg, wenn der Gehülfe die Einwilligung des Prinzipals zum Machen von Handelsgeschäften besitzt, so darf er dies natürlich auch, sobald das Dienstverhältnis sein Ende erreicht hat, sein rechtliches, nicht sein rein thatsächliches Ende. Im Anschluss an eine Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts (Bd. XVI, No. 48, 170 ff.) ist in der Litteratur vielfach die Ansicht aufgestellt worden, das Konkurrenzverbot für die Handlungsgehülfen cessiere bereits bei thatsächlicher Auflösung des Dienstverhältnisses.[1] Diese Ansicht kann nicht, wie das an vielen Stellen[1] geschieht, auf die eben erwähnte Reichs-Oberhandelsgerichts-Entscheidung gestützt werden. Denn deswegen wurde dort das Bestehen des Konkurrenzverbotes in einem Falle verneint, weil in demselben ein Dienstverhältnis rechtlich nicht mehr bestand, da der Handlungsgehülfe von dem ihm nach preuss. A. L.-R. zustehenden freien Rücktrittsrechte Gebrauch gemacht hatte. Dieses freie Rücktrittsrecht ist enthalten in den §§ 408—410, Tit. 5, Teil I, A. L.-R's, und hier handelt es sich durchaus nicht um eine bloss „faktische", thatsächliche Auflösung des Dienstverhältnisses, sondern vielmehr um willkürliche (in die Willkür eines Vertragsteils gestellte), aber rechtliche Auflösung des Dienstverhältnisses.

Der Thatbestand des § 408, Tit. 5, Teil I, A. L.-R's ist nicht schon dann gegeben, wenn bloss thatsächlich die Dienste nicht mehr geleistet, das Gehalt nicht mehr gezahlt wird, sondern erst dann erfüllt, wenn Dienstberechtigter oder Verpflichteter, der „vom Vertrage abgehen will", seinen Rücktritt erklärt unter der Behauptung, „dass der andere die Erfüllung bisher nicht kontraktmässig geleistet habe, oder solchergestalt nicht leisten könne". Mit der unter dieser Behauptung erfolgten Rücktrittserklärung ist das Dienstverhältnis aufgelöst, und es steht nur dem Kontrahenten, gegen den der Rücktritt zu Unrecht erklärt wurde, ein Recht auf Schadenersatz zu. In dem Falle, der der citierten Entscheidung zu Grunde lag, hat nun das Reichs-Oberhandelsgericht eine stillschweigende Rücktrittserklärung nach § 408, Tit. 5, A. L.-R's und deswegen das Dienstverhältnis als rechtlich nicht mehr bestehend angenommen.

„Dass der einseitige Rücktritt auf Grund des § 408, I, 5, des preuss. A. L.-R's auch bei dem Dienstvertrage zwischen dem Prinzipal und Handlungsgehülfen stattfindet", ist in der Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts (I. Senat) vom 5. Mai 1874[2] ausgeführt worden.

---

[1] Puchelt, a. a. O., I, S. 134, Anmerkung 4 zu Artikel 56; Gareis-Fuchsberger, Anmerkung 94 zu Titel 6, S. 164; Dernburg, Preussisches Privatrecht, Band II, 4. Auflage, S. 573, § 193[7].

[2] Entscheidungen, Band XIII, No. 75, S. 221.

Der Gesetzgeber, der in § 61 nur Bestimmungen treffe „für den Fall des Rücktritts vom Vertrage, in welchem die Entscheidung des Richters darüber angegangen wird, ob der eine Teil berechtigt ist, den Vertrag nicht zu erfüllen", den Fall des § 408, I, 5, A. L.-R's aber nicht berühre, habe, wie aus den Motiven zu dem preuss. Entwurf eines H.-G.-B's, S. 35, und den Protokollen über die Verhandlungen der Kommission zur Beratung des H.-G.-B's (Bd. I, S. 102, 108) hervorgehe, nicht die Absicht gehabt, „im H.-G.-B. über die Folgen eines einseitigen Rücktritts vom Engagementsvertrage Bestimmungen zu treffen, namentlich den § 408 cit. zu ändern".

Dem gemeinen französischen und sächsischen Recht ist das einseitige Rücktrittsrecht des A. L.-R's, durch welches jeder Teil in der Lage ist, das Dienstverhältnis aufzulösen, um an die Stelle der Dienstverpflichtung nur eine Verpflichtung zum Schadenersatz bei unberechtigter Auflösung zu setzen, durchaus fremd. In diesen Rechtsgebieten kann das Dienstverhältnis daher vor Ablauf der vertragsmässigen Dienstzeit, bezw. falls die Dauer des Dienstverhältnisses vertragsmässig nicht begrenzt ist und anderweite Kündigungsrechte nicht ausgemacht sind, ohne Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist des Art. 61, abgesehen von den allgemeinen Vertragsendigungsgründen, nur durch Richterspruch nach Art. 62 des A. D. H.-G.-B's aufgehoben werden.[1] Art. 62, Abs. 2, bestimmt: „Die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit kann aus wichtigen Gründen von jedem Teil verlangt werden", und in Art. 63 und Art. 64 sind Gründe angeführt, aus denen insbesondere die Aufhebung gegen den Prinzipal (Art. 63) und gegen den Handlungsgehülfen „ausgesprochen" werden kann. Angesichts dieser Ausdrucksweise des Gesetzes können wir nicht umhin, mit Staub[2] in dem Streit um die Auslegung der betr. Artikel in der Weise Stellung zu nehmen, dass wir die Interpretation v. Hahns,[3] wonach die Auflösung des Dienstverhältnisses, falls die Kündigungserklärung berechtigt war — was der richterlichen Nachprüfung unterliegt —, bereits im Augenblicke der Kündigung erfolgt, als mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes im Widerspruch stehend, verwerfen.

Angeführt wird[4] für die von Hahn'sche Interpretation u .a. die Entscheidung des Reichs-Oberhandelsgerichts (I. Senat) vom 27. April 1875 (Bd. XVII, No. 48, S. 220). Mit Unrecht. Denn dieses

---

[1] Thöl, § 80, S. 275; Staub, § 5 zu Artikel 62, S. 125.

[2] Staub, § 5 zu Artikel 62, S. 125.

[3] v. Hahn, § 2 zu Artikel 62, S. 314; ebenso Behrend, Anmerkung 14 zu § 46, S. 331; Gareis-Fuchsberger, Anmerkung 129 zu Titel 5, S. 174; Wendt (a. a. O., S. 256) tritt ihr bei, indem er sich bewusst ist, damit „eine Konzession an die praktischen Bedürfnisse" zu machen.

[4] So bei Allfeld, Kommentar zum H.-G.-B. (Anschütz-v. Völderndorff, 2. Auflage), Note 1, Anmerkung 3, S. 351; Behrend, a. a. O., Anmerkung 14 zu § 46, S. 331; Gareis-Fuchsberger, Anmerkung 129 zu Titel 5, S. 174.

Erkenntnis behandelt nicht den Fall, wo die Entscheidung des Richters zur Aufhebung des Dienstverhältnisses angegangen wird,[1] sondern, wie sich auch aus der Ueberschrift (Punkt II: Modifikation der §§ 408 ff. preuss. A. L.-R's, I, 5, durch die Art. 62 bis 64 H.-G.-B's in Ansehung der Rechtmässigkeit der Vertragsaufhebung und ihrer Folgen) ergiebt, das bereits oben erwähnte einseitige Rücktrittsrecht des preuss. Landrechts. Dieses nun wird — und wohl mit Recht — für dahin modifiziert erachtet, dass an Stelle der Behauptung, „dass der andere die Erfüllung bisher nicht kontraktmässig geleistet habe oder solchergestalt nicht leisten könne", und des Beweises derselben Behauptung und Beweis wichtiger Aufhebungsgründe nach Art. 62, 64 H.-G.-B's tritt. Bereits mit der Rücktrittserklärung unter der Behauptung der wichtigen Kündigungsgründe ist das Dienstverhältnis aufgehoben. Lag ein wichtiger Kündigungsgrund nicht vor, so ist der aufhebende Teil schadenersatzpflichtig. In diesem Sinne heisst es in der angezogenen Entscheidung: „Die Frage, ob genügende Gründe zur Dienstentlassung vorlagen, ist, da Kläger unzweifelhaft als Handlungsgehülfe zu betrachten war, nur nach den Bestimmungen der Art. 62, 64 H.-G.-B's zu entscheiden. Durch diese Artikel sind die §§ 408 ff. a. a. O. insofern modifiziert, als sich die Rechtmässigkeit des Rücktritts mit der Folge, von dem Ersatz des Interesses entbunden zu sein, nur nach ihnen bestimmt."

Im Gebiete des preussischen Rechts hatten hiernach Prinzipal und Handlungsgehülfe die Möglichkeit, mit der Rücktrittserklärung unter der blossen Behauptung „wichtiger Gründe" die Aufhebung des Dienstverhältnisses herbeizuführen. In diesem Fall, in dem man fälschlich von thatsächlicher Auflösung des Dienstverhältnisses sprach, war der Handlungsgehülfe sofort mit seiner oder des Prinzipals Rücktrittserklärung vom Konkurrenzverbot entbunden. In dem anderen Falle aber — der natürlich auch in Preussen möglich, wenn auch weniger häufig, in den anderen Rechtsgebieten aber der allein mögliche war —, wo auf Aufhebung des Dienstverhältnisses wegen wichtiger Gründe nach Art. 62 g e k l a g t wird, bleibt das Dienstverhältnis bis zur Aufhebung durch den Richter bestehen und dementsprechend mit der Dienstverpflichtung des Handlungsgehülfen auch seine Verpflichtung zur Konkurrenzenthaltung. Das Konkurrenzverbot ist eine Folge der Pflicht der Thätigkeit des Handlungsgehülfen im Geschäfte seines Prinzipals, nicht der Thätigkeit als solcher.

Der Handlungsgehülfe unterliegt dem Konkurrenzverbot, auch wenn er nicht im Geschäfte des Prinzipals thätig ist, ja gerade dann, beispielsweise wenn er auf Urlaub ist, den er, wenn er während desselben noch im Dienste des Prinzipals steht, doch sicher nicht dazu

[1] Siehe die Unterscheidung der Fälle in der oben citierten Entscheidung, Band XIII, No. 75.

benutzen darf, um Handelsgeschäfte auf eigene oder fremde Rechnung zu machen. So lange deshalb der Prinzipal noch ein Recht auf seine Dienste hat, gilt das Konkurrenzverbot, wobei es nichts ausmacht, dass die Klage auf Erfüllung seiner Dienstverpflichtung nicht in der Weise vollstreckbar ist, dass er mit physischer Gewalt zu derselben gezwungen wird, vielmehr nach § 773 der Civilprozessordnung vom 30. Januar 1877 nur der Gläubiger das Recht hat, die Dienste auf seine Kosten vornehmen zu lassen. Aus „Zweckmässigkeits- und Billigkeitsgründen" schliesst sich Sick[1] der Ansicht Dernburgs,[2] dass das thatsächliche Bestehen des Dienstverhältnisses als Voraussetzung des Konkurrenzverbots anzusehen sei, an, obwohl er zugesteht, „dass diese Ansicht um deswegen bedenklich erscheinen könnte, weil eben doch das rechtliche Bestehen des Dienstverhältnisses ausschlaggebend sein soll". Nach Sick würde es eine unbillige Härte sein, wollte man dem Prinzipal seine Rechte aus Art. 56, 59 bis zum rechtlichen Ablaufe des Dienstverhältnisses geben. M. E. kann davon nicht die Rede sein, sicher nicht in dem Falle, den Sick als Beispiel anführt, dass ein Gehülfe eine sich ihm plötzlich bietende Gelegenheit ergreift, um sich selbständig zu machen, und den Dienst ohne Kündigung verlässt. „Sollte man nun dem Prinzipal den Eintritt in sämtliche Geschäfte gestatten, die der Handlungsgehülfe bis zum rechtlichen Ablauf des Dienstverhältnisses abschliesst — also unter Umständen auf Monate hinaus?" — M. E. unbedenklich. Die Konsequenz, dass ein Kontraktbruch nicht von den Pflichten, die der Vertrag auferlegt, befreit, scheint nicht unerträglich, sondern nur natürlich und ist jedenfalls nicht geeignet, zur Aufgabe der allein logischen Interpretation der Bestimmungen zu führen, die auch bei etwaigen kleinen Härten aufrecht zu erhalten wäre. — In den vielen Fällen, wo Prinzipal und Gehülfe friedlich auseinander gehen, wird ja der Prinzipal in der Regel dem Gehülfen, der sich etablieren will, in der letzten Zeit des Dienstverhältnisses gern gestatten, ausserhalb des Dienstes seinen eigenen Geschäften nachzugehen, während andererseits eine selbständige Etablierung in der Branche des Prinzipals dem Handlungsgehülfen in der Regel ja auch für die nächste Zeit nach Auflösung des Dienstverhältnisses durch vertragsmässige Stipulation, sogenannte „Konkurrenzklausel", verboten sein wird.

Das gesetzliche Konkurrenzverbot besteht, soweit nicht zeitlich und inhaltlich durch den Vertragswillen der Parteien abgeändert, bis zum rechtlichen Ende des Dienstverhältnisses, aber auch nur bis dahin, mit allen seinen Folgen.

---

[1] a. a. O., S. 24.
[2] a. a. O., II, § 193[7], S. 573.

§ 6. Folgen der Uebertretung des Verbotes im allgemeinen.

Was die Folgen der Uebertretung des Konkurrenzverbotes, die jetzt, nachdem der Inhalt desselben festgestellt ist, erörtert werden sollen, zunächst im allgemeinen angeht, so ist zu betonen, dass die verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte nicht nichtig, sondern vollgültig sind. Das an die Handlungsgehülfen gerichtete Verbot, Handelsgeschäfte zu machen, ist nicht mit Rücksicht auf die Allgemeinheit, sondern nur im privaten Interesse des Prinzipals erfolgt. Gerade die Allgemeinheit, die ausserhalb des Dienstverhältnisses stehenden Personen, insbesondere die dritten Personen, die, ohne zu wissen, dass ihr Gegenkontrahent Handlungsgehülfe ist, mit diesem Geschäfte abschliessen, würden auf das empfindlichste in ihren Interessen verletzt werden, wenn ihre Geschäfte mit den Handlungsgehülfen ungültig wären. Die Folgen der Uebertretung des Konkurrenzverbotes sind deshalb lediglich „innere"; durch die Uebertretung werden dem Handlungsgehülfen gegenüber seinem Prinzipal Verpflichtungen auferlegt, die verbotswidrig geschlossenen Geschäfte selbst aber nicht berührt. Während im allgemeinen durchaus Uebereinstimmung darüber herrscht, dass die verbotswidrig abgeschlossenen Handelsgeschäfte vollgültig sind[1] — was sowohl der Absicht des Gesetzgebers entspricht,[2] als auch aus der ganzen Regelung der Folgen, insbesondere dem „Eintrittsrecht" hervorgeht, das sinnlos wäre, wenn die Geschäfte, für die das Eintrittsrecht ausgeübt werden soll, nichtig wären —, ist von Anschütz und v. Völderndorff im Interesse des Dritten ein Anfechtungsrecht desselben statuiert.[3] Wenn derselbe nämlich die Gehülfeneigenschaft seines Kontrahenten nicht gekannt hat, so ist „kein Rechtsgrund gegeben, welcher dahin führen könnte, den in gutem Glauben Handelnden an ein vom Gesetze verbotenes Geschäft zu binden und ihm einen anderen als den gewollten Gegenkontrahenten aufzunötigen. Er kann deshalb das Geschäft als ungültig erklären und davon abgehen". v. Völderndorff kommt zu diesem Anfechtungsrecht auf Grund seiner Konstruktion des Eintrittsrechts, die bei Ausübung desselben direkte Beziehungen zwischen Prinzipal und dem Dritten entstehen lässt. Für die Gegner dieser Ansicht, die im einzelnen weiter unten zu widerlegen ist, kann von einem Anfechtungsrecht des Dritten im Sinne v. Völderndorffs

---

[1] Wendt, a. a. O., S. 257; Oppenheim, a. a. O., S. 32; Behrend, § 45, S. 325; Sick, a. a. O., S. 36; Staub, § 7 zu Artikel 57, S. 108. Ausführlich auch: Entscheidung des Nürnberger H.-A.-G. vom 14. Dezember 1866 in Seufferts Archiv, Band XXIII, No. 25, S. 91.

[2] Protokolle S. 1425.

[3] a. a. O., I, S. 414, Note 5 zu Artikel 56.

nicht die Rede sein. Es liegt kein Grund zu demselben vor, da das „Eintrittsrecht" gegen den Dritten gar keine Wirkung hat, und würde sich dasselbe zudem als eine unzulässige „exceptio de jure tertii" darstellen, wie v. Völderndorff (II, S. 174, Anm. XII zu Art. 97) in seinen Anmerkungen zu dem „Eintrittsrecht" der offenen Handelsgesellschaft bei verbotenen Handelsgeschäften ihrer Gesellschafter selbst zugiebt, wo er seine ganze Theorie zum Teil fallen lässt.[1]

Wenn die vom Handlungsgehülfen gemachten Geschäfte vom Dritten wegen ihrer Verbotswidrigkeit im allgemeinen nicht angefochten werden können, so können sie doch selbstverständlich nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, auf die hier nicht näher einzugehen ist, wegen Irrtum, Zwang, Betrug anfechtbar sein. Dass der Irrtum über die Handlungsgehülfenqualität seines Kontrahenten dem Gegenkontrahenten an sich nicht das Recht giebt, den Vertrag mit ihm anzufechten, da er „unwesentlich" ist, behauptet Sick[2] mit Recht, während dann wegen Betruges das Geschäft anzufechten wäre, wenn der Gehülfe wusste, dass der Dritte bei Kenntnis seiner Gehülfeneigenschaft nicht mit ihm abschliessen würde, und absichtlich den Irrtum erregte.

Unrichtig aber ist es, wenn Sick dann meint, bei nichtigen Geschäften habe der Prinzipal zwar kein Eintrittsrecht, aber Recht auf Schadenersatz, Anfechtbarkeit an sich aber werde beiden Rechten nicht entgegenstehen, so lange der Berechtigte nicht anfechte, im letzteren Fall nur werde der Prinzipal auf Schadenersatz angewiesen sein. So lange die anfechtbaren Geschäfte nicht angefochten sind, hat der Prinzipal allerdings Schadenersatz und Eintrittsrecht. Sind die Geschäfte aber angefochten oder von vornherein nichtig, so hat der Prinzipal aus § 59 weder Schadenersatz, noch Eintrittsrecht, denn hier sind gemachte Handelsgeschäfte vorausgesetzt, solche liegen aber nicht vor, wenn der Handlungsgehülfe zwar versucht hat, Handelsgeschäfte zu machen, die vermeintlich gemachten aber nichtig (von vornherein oder durch Anfechtung) sind. Dagegen dürfte dem Prinzipal unbedenklich das Recht auf sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses aus Art. 62 zuzugestehen sein. Auf das Recht der sofortigen Kündigung wird näher einzugehen sein, wenn im folgenden zunächst die beiden Hauptrechte des Prinzipals bei Uebertretung des Konkurrenzverbotes behandelt sind.

---

[1] Näheres unten.

[2] a. a. O., S. 37 unter Hinweis auf l. 14, § 3 D. de in diem addicto 18[2], wo der Irrtum über die Sklaveneigenschaft eines Kontrahenten für irrelevant erklärt wird.

§ 7. Der Schadenersatzanspruch des Prinzipals.

Hat der Handlungsgehülfe ohne Einwilligung seines Prinzipals Handelsgeschäfte gemacht, so kann dieser Ersatz des ihm etwa durch dieselben erwachsenen Schadens verlangen. Der Schadenersatzanspruch bestimmt sich nach Art. 283 und dem diesen ergänzenden bürgerlichen Recht. Der Art. 283 bezieht sich zwar, wie Staub [1] mit Recht hervorhebt, nur auf Handelsgeschäfte, „wie seine Stellung unter den allgemeinen Bestimmungen über Handelsgeschäfte unzweideutig ergiebt", und das Schadenersatzrecht des Prinzipals fliesst nicht etwa aus den vom Handlungsgehülfen geschlossenen „Handelsgeschäften", sondern vielmehr aus der Uebertretung des Verbotes, Handelsgeschäfte zu machen. Da dieses selbst aber nur eine gesetzliche Dispositiv-Bestimmung des Dienstvertrages, also ein Teil desselben, der Engagementsvertrag aber auf seiten des Prinzipals Handelsgeschäft ist und die Vorschriften über Handelsgeschäfte gemäss Art. 277 für beide Parteien Anwendung finden, so bestimmt sich der Schadenersatzanspruch, der dem Prinzipal bei Uebertretung des Verbotes zusteht, gleichwohl zunächst nach Art. 283. Danach hat der Handlungsgehülfe dem Prinzipal den „wirklichen" Schaden und den entgangenen Gewinn zu ersetzen. Nur den Schaden (im weiteren Sinne) muss er vergüten, der durch die von ihm verbotswidrig gemachten Geschäfte entstanden, durch sie verursacht worden ist. Den Kausalzusammenhang [2] muss der Prinzipal erweisen. Nur derjenige Schaden ist zu ersetzen, „welcher als eine wirkliche Folge der zum Ersatz verpflichtenden Thatsache erscheint"; der Schaden braucht aber „ebensowenig eine notwendige Folge dieser Thatsache, als letztere die alleinige und ausschliessliche Ursache des Schadens zu sein". [3] Nicht nur der unmittelbar durch die zum Schadenersatz verpflichtende Thatsache hervorgerufene Schaden ist zu ersetzen, sondern „auch für denjenigen Nachteil muss Ersatz geleistet werden, welcher erst durch andere Thatsachen vermittelt worden ist, wenngleich durch solche, die auch hätten ausbleiben können, und auch das macht keinen Unterschied, ob diese Thatsachen vorhergesehen werden konnten oder nicht. Aber jedenfalls muss es wahr sein, dass der Nachteil, welcher eingetreten ist, nicht eingetreten sein würde, wenn die betreffende Thatsache nicht gewesen wäre." [4]

Mit Hass [5] wird man aber die Schadenhaftung trotz vorhandenen Kausalzusammenhangs ablehnen müssen, sofern „Handlungen von

---

[1] a. a. O., Anmerk. 1 zu Artikel 283, S. 743. Ebenso Hahn, Artikel 1 zu § 283, S. 92.

[2] Auf die Lehre von demselben kann hier näher nicht eingegangen werden.

[3] Entscheidung des R.-G's vom 21. November 1883, Band XIII, No. 21, S. 66.

[4] Windscheid, Pandekten, 8. Auflage, § 258, S. 54/55.

[5] Hass, Adäquater und inadäquater Kausalzusammenhang (Iherings Jahrbücher für Dogmatik, Band 37, S. 327 ff., 421. Auch der Nachweis dieses Prinzips in dem

der Art der vorliegenden schädigenden Erfolge, von der Art des in concreto eingetretenen hervorzubringen allgemein nicht geeignet waren".

Da das Schadenersatzrecht des H.-G.-B's, Art. 283, für unseren Fall in Anwendung kommt, so sind die Unterscheidungen des preuss. A. L.-R's von mittelbarem und unmittelbarem Schaden[1] und dem Umfange des Schadenersatzes bei grobem Versehen und einfacher Fahrlässigkeit und die Bestimmungen des cod. civ., Art. 1150 ff., nicht anzuwenden. Nicht berührt wird in Art. 283 die Frage, inwieweit schuldhafte Mitwirkung des Geschädigten bei der Entstehung des Schadens die Verpflichtung zum Schadenersatz beeinflusst bezw. aufhebt. In Bezug hierauf hat das Reichs-Oberhandelsgericht aus der allgemeinen Rücksicht auf Treu und Glauben mit Recht den Satz hergeleitet, dass, wenn derjenige, dem der Schaden droht, dasjenige zu thun unterlässt, „was in gleicher Lage jeder vernünftige Mensch thun würde", sich vielmehr „ganz passiv verhält", der Schaden überhaupt, oder doch der höhere Betrag des Schadens, nicht als Folge der Vertragswidrigkeit des anderen Kontrahenten, sondern als Folge der eigenen Schuld des Benachteiligten, dem eine dem dolus gleichzuachtende culpa lata imputiert wird (cfr. l, 17, zu Anf. Dig. 18, 6) behandelt werde.[2]

So auch Windscheid für das gemeine Recht. Es „braucht für den Nachteil, welcher wirklich infolge der betreffenden Thatsache eingetreten ist, Ersatz nicht gewährt zu werden: wenn nämlich der Nachteil von dem Benachteiligten durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können".[3] Diese Annahme soll freilich nicht gelten, „wo der Grund, weswegen das Interesse geleistet werden soll, Arglist ist".

Grund des Schadenersatzanspruchs ist nach Art. 56 niemals Arglist. Es ist allerdings der Fall denkbar, dass der Handlungsgehülfe Handelsgeschäfte macht nicht in dem normaler Weise das Motiv bildenden Wunsche, sich einen Nebenverdienst zu verschaffen, sondern hauptsächlich in dem Bestreben, seinen Prinzipal zu schädigen. Hier begründet die dolose Schadenzufügung einen besonderen Schadenersatzanspruch, der nach Windscheid in Bezug auf culpa-Kompensation strenger ist wie der gewöhnliche.

Der Schadenersatzanspruch aus Art. 61 aber ist nicht „rechtsgeschäftlicher Art", sondern „beruht einfach auf Gesetzesvorschrift",[4] wie Cosack für einen der parallelen Fälle im B. G.-B. sich ausdrückt.

---

römischen Recht kann m. E. wohl als gelungen bezeichnet werden. Zum mindesten ist die Erklärung der l. 52 pr. D. ad leg. Aqu. 9, 2 mit Hülfe dieses Prinzips eine durchaus natürliche und annehmbare.

[1] Entscheidung des R.-G's (I) vom 20. Oktober 1886, Band XIX, No. 5, S. 25; Staub, a. a. O., § 2, Artikel 283, S. 743.

[2] Entscheidung des R.-O.-H.-G's (II) vom 27. April 1874, Band XIII, No. 68, S. 207.

[3] a. a. O., S. 57.

[4] Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 69, S. 129.

Es ist m. E. durchaus unrichtig, wenn Sick[1] „nach allgemeinen Grundsätzen" ein Verschulden, eine schuldhafte Vertragsverletzung verlangt und dann einen Schadenersatzanspruch nicht gewähren will, wenn der Handlungsgehülfe in entschuldbarem Irrtum eine Einwilligung des Prinzipals annahm, während ihm der „error iuris" nichts nützen soll, wenn er die ganze Vorschrift des Art. 59 nicht gekannt hat. Wenn Schadenersatzanspruch und Eintrittsrecht (diese sind nicht zu trennen) in Art. 61 an die Thatsache geknüpft seien, dass der Handlungsgehülfe das Verbot übertreten hat (Art. 56), so müsste man annehmen, dass eine subjektive Verbotsübertretung verlangt wird, dass nur fahrlässige oder böswillige Verbotsübertretung eine Verbotsübertretung bedeute. Eine solche Interpretation findet aber im Gesetz keine Stütze, das vielmehr m. E. bei jeder objektiven Verbotsverletzung Schadenersatzhaftung und die anderen Folgen eintreten lässt.

Der Prinzipal hat die Höhe des Schadens ebenso wie seine Verursachung durch die Verbotsübertretung des Gehülfen nachzuweisen, der Richter hat nach § 260 C.-P.-O. von 1879 „unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung" zu entscheiden. Insbesondere kann das Gericht anordnen, „dass der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf". Das Recht des Schadenersatzes wird nicht häufig von praktischer Bedeutung für den Prinzipal sein. Falls nicht der Handlungsgehülfe ihm direkt „Konkurrenz gemacht" hat, wird er überhaupt keinen Schaden von dessen Handelsgeschäften gehabt haben und auch hier nur vereinzelt. Zudem gestaltet sich der Nachweis fast immer schwierig, schon wenn es sich um damnum emergens, mehr noch, wenn es sich um lucrum cessans handelt.

§ 8. Das Eintrittsrecht des Prinzipals.

In jedem Fall, wo es sich um Geschäfte für eigene Rechnung des Handlungsgehülfen handelt, kann derselbe dagegen sein „Eintrittsrecht" geltend machen. Auf sein Verlangen muss sich der Handlungsgehülfe „gefallen lassen, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden" (Art. 56, Abs. 3).

„Eintrittsrecht" nennt man das Recht des Prinzipals und das analoge Recht der offenen Handelsgesellschaft (Kommanditgesellschaft etc.) gegenüber verbotenen Handelsgeschäften ihres Gesellschafters (Gesellschafters, Komplementars etc.) nach der Be-

[1] a. a. O., S. 41.

zeichnung in Art. 97, Abs. 2, wo für das Recht der Gesellschaft, „in ein von dem Gesellschafter für eigene Rechnung gemachtes Geschäft einzutreten", eine dreimonatige Präklusivfrist vom Zeitpunkt der Kenntnis ab gesetzt wird. Das Wort „Eintrittsrecht" ist allgemein acceptiert worden, es ist allgemein und unklar genug, um von den Vertretern der verschiedenen Ansichten im Streit um die Natur des Rechts aus Art. 59, Abs. 2, gemeinsam gebraucht werden zu können, das durch dasselbe wenigstens einen kurzen Namen erhalten hat, der auch hier für dasselbe gebraucht ist und weiter gebraucht werden wird. Eins nur wird durch das Wort „eintreten" wohl unzweifelhaft ausgedrückt, dass durch das „Eintrittsrecht" der Prinzipal nicht einfach die Rechte des Handlungsgehülfen, insbesondere den Gewinnanspruch, erwerben soll, sondern dass es sich um Uebernahme einer ganzen Vertragsstellung, Eintritt in die Stellung des einen Kontrahenten des Vertrages, den Rechten und Pflichten nach handelt. Aber wird der Prinzipal nur gesetzlicher „Hintermann" des Gehülfen, auf den durch die Person des Gehülfen hindurch der Vertrag seine Folgen erstreckt, oder vertreibt er den Gehülfen ganz von seinem Platze im Vertrage, um an seine Stelle zu treten? Dies ist der Punkt, über den sich der grosse Streit um die Auslegung des Art. 59, Abs. 2 (und des entsprechenden Art. 97) erhoben hat, der seinen praktischen Ausdruck in der Frage findet: Hat der „eingetretene" Prinzipal ein direktes Klagerecht gegen den Dritten oder nicht? Der Gesetzgeber wollte diese Frage nicht entscheiden. Bei der Diskussion des Art. 56 (im Entwurf 46) „wurde erwähnt, dass der letzte Satz undeutlich sei, weil man aus ihm nicht ersehe, ob der Prinzipal das Recht haben solle, in den Vertrag des Prokurainhabers mit dem Dritten einzutreten; oder nur das Recht, von dem Prokurainhaber den gezogenen Gewinn zu verlangen. Hierauf wurde bemerkt, dass es nicht beabsichtigt sei, dem Prinzipal lediglich eine Klage gegen den Faktor auf Herauszahlung des gezogenen Gewinnes, der von ihm oft nicht beigetrieben werden könnte, zu geben, dass aber die Frage, ob der Prinzipal eine actio utilis gegen den Dritten haben oder zuvor den Prokuristen auf Cession der Klage belangen solle, endlich binnen welcher Zeit ein solcher Anspruch geltend zu machen wäre, als eine offene der Partikulargesetzgebung und der Wissenschaft zu überlassen sei".[1]

Dass die Frage gleichwohl im Gesetz selbst entschieden sei, und zwar im Sinne der Verneinung eines direkten Klagerechts, haben viele Vertreter dieser Ansicht mit Rücksicht auf den Wortlaut des Art. 59, Abs. 2, behauptet, diese Argumente sollen aber einstweilen ausser acht gelassen und die Frage als im Gesetz offen gelassen behandelt werden.

Es soll zunächst untersucht werden, ob es mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar wäre, wenn hier bei Ausübung des Ein-

[1] Protokolle, S. 87.

trittsrechts dem Prinzipal ein direktes Klagerecht gegen den Dritten gegeben würde. Denn wenn die Protokolle die Lösung des Problems der Wissenschaft zuweisen (die Partikulargesetzgebung hat sich mit derselben nicht befasst), so kann das doch nur so aufgefasst werden, dass dasselbe nach seiner Stellung im Rahmen des gesamten Rechtssystems in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen des Rechtsgebietes, dem es angehört, entschieden werden soll.

Es ist demnach zunächst festzustellen, dass es sich um eine „Handelssache" handelt, um einen „dem Handel angehörenden rechtlichen Thatbestand",[1] um ein „Rechtsverhältnis des Handelsverkehrs".[2] Diese Thatsache ergiebt sich bereits daraus, dass der fragliche Thatbestand: „das Eintrittsrecht", im H.-G.-B. normiert ist, „da hieraus evident hervorgeht, dass der Gesetzgeber ihn als Handelssache betrachtet",[3] als welche er sich materiell darstellt, weil es sich in ihm um das Rechtsverhältnis zwischen einem Prinzipal und seinen Handlungsgehülfen und um „Handelsgeschäfte" handelt. In Handelssachen nun kommen zur Anwendung nach Art. 1 des A. D. H.-G.-B's:

1. die Bestimmungen des H.-G.-B's;
2. die Handelsgebräuche;
3. das Allgemeine bürgerliche Recht.

Bestimmen sich hiernach die Rechtsgrundsätze, welche bei der Frage nach dem Inhalt des Eintrittsrechts zu berücksichtigen sind, so kann das Problem dahin gefasst werden: Ist ein direktes Klagerecht des Prinzipals aus den Handelsgeschäften des Handlungsgehülfen mit den allgemeinen Grundsätzen des Handelsrechts, Handelsgewohnheitsrechts und Allgemeinen bürgerlichen Rechts vereinbar? Zur Lösung desselben wird als nächste Frage die zu beantworten sein: Wie ist ein direktes Klagerecht des Prinzipals gegen den Dritten denkbar?

Eine Antwort giebt uns die Aeusserung der Protokolle: „als actio utilis". Damit ist gemeint die sog. actio utilis des Cessionars auf Grund fingierter Cession. Diese Cessionsfiktion kann aber mit zweifacher Begründung für unseren Fall behauptet werden. Es kann nämlich die Ansicht vertreten werden, dass hier der spezielle Fall der Cessionsfiktion bei der römischen indirekten Stellvertretung analoge Anwendung zu finden habe, dass Stellvertretung zu fingieren sei und deshalb der Prinzipal hier die actio utilis des Mandanten aus den Handlungen des Mandatars gegen den Dritten habe, der die actio quasi institoria des Dritten gegen ihn entspricht. Es kann aber

---

[1] cfr. Definition v. Hahns, § 2 zu Artikel 1, S. 67.

[2] Definition Behrends, § 15, Band I, S. 67.

[3] Staub, § 1 zu Artikel 1, S. 4. Vergl. auch Preuss. E. G. zum A. D. H.-G.-B., Artikel 2 und 5; altes G.-V.-G., § 101, Abs. 1 und 3e, für den prozessualen Begriff „Handelssache".

auch dem Prinzipal ein direktes Klagerecht, eine actio utilis, mittels fingierter Cession zugesprochen werden auf Grund der Lehre, dass allgemein da eine Cession zu fingieren ist, wo dieselbe erzwingbar ist.

Dies sind in der That die beiden einzigen Möglichkeiten, ein direktes Klagerecht des Prinzipals gegen den Dritten zu konstruieren. Es ist zunächst zu erörtern, ob es möglich ist, auf Grund fingierter Stellvertretung dem Prinzipal eine direkte Klage gegen den Dritten zu geben. Da haben wir uns zunächst Klarheit zu verschaffen über die Rolle, welche die hier in Frage kommende „actio utilis" bei der römischen Stellvertretung spielte.

Das strenge römische Recht kannte die direkte Stellvertretung durch freie Personen bei Rechtsgeschäften nicht, vor allem wegen der römischen Auffassung vom Willen des freien Menschen, der „sich nicht zur blossen Durchgangsstation fremden Willens, fremder Rechte degradieren" [1] kann.

Ersetzt wurde die direkte Stellvertretung zum grossen Teil durch die Thätigkeit der Sklaven, die als Hülfspersonen dienten, und durch die der Herr Rechte direkt erwarb. Denn alles, was die Sklaven erwarben, erwarben sie dem Herrn. Aber der Dritte konnte sich nur an den Herrn halten. Da half der Prätor durch actiones adjecticiae qualitatis, insbesondere die actio institoria des Dritten gegen den, der einen Institor an die Spitze seines Geschäftes gestellt hatte, aus den Geschäften des Institor für seinen Herrn. Die weitere Rechtsentwicklung ging dahin, dass dem Dritten in allen Fällen, in denen eine Person im Auftrage eines anderen für diesen einen Vertrag abgeschlossen hatte, eine actio quasi institoria gegen den Auftraggeber gegeben wurde. Dieser wurde aus dem Vertrage, wenn ein freier Mann sein Procurator war, nicht selbst berechtigt, sondern konnte nur von diesem Herausgabe der empfangenen Gegenleistung, bezw. Abtretung der Rechte gegen Dritte auf Grund des Mandats verlangen.

In besonderen Fällen nun aber wurde auch ihm ein direktes Klagerecht gegen den Dritten gegeben, eine actio utilis auf Grund fingierter Cession. Um diese actio utilis soll es sich in unserem Falle handeln. Ist nun aber diese actio utilis überhaupt noch praktisch? Die Antwort muss dahin lauten: Heute sind „die actiones utiles des Mandanten u. s. w., die auf fingierter Cession beruhen, und die actiones quasi institoriae unpraktisch; sie sind völlig antiquiert". [2] Das ist unzweifelhaft in Bezug auf die direkte Stellvertretung mit offener Vollmacht. Hier bedarf es keiner utilen Klagen mehr, durch die das Recht des Stellvertreters dem Vertretenen zugesprochen wird, sondern es wird einzig allein der Ver-

[1] Laband, die Stellvertretung nach dem A. D. H.-G.-B. in Goldschmidts Zeitschrift, Band X, S. 183 ff.

[2] Laband, a. a. O., S. 197.

tretene berechtigt und verpflichtet, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen unter ausdrücklicher oder stillschweigender Bezugnahme auf denselben im Rahmen seiner Vollmacht handelt.

Nun wird aber von Savigny behauptet, dass bei den Fällen der sogen. verdeckten Vollmacht die actio utilis quasi institoria und ihr Gegenstück, die actio utilis des Mandanten gegen den Dritten, noch heute stattfänden. Der Stellvertreter handelt in eigenem Namen; nur die späteren Folgen des Vertrages sollen auf mich übergehen.

Nach Savigny[1] „können auch in diesem Falle indirekte Klagen zwischen mir und dem Dritten entstehen. Ich klage gegen den Dritten mit der Kontraktsklage, die mir mein Stellvertreter cediert und cedieren muss; daher auch ohne wirkliche Cession mit einer actio utilis. Der Dritte klagt gegen mich mit einer actio utilis nach der Analogie der institorischen Klage. Der Grund liegt darin, dass er mit seiner Kontraktsklage den Stellvertreter hätte zwingen können, ihm seine Regressklage gegen mich (die actio mandati contraria) zu cedieren".

Wenn diese Behauptungen Savignys richtig wären, und es noch eine actio utilis des Mandanten gegen den Kontrahenten gäbe, der mit dem Mandatar ohne Rücksicht auf seine Eigenschaft als Mandatar und ohne von derselben zu wissen, kontrahiert hätte, so wäre in der That auch für unseren Fall (wenigstens für das Gebiet des gemeinen Rechts, falls nicht etwa das Handelsrecht offenbar das Gegenteil bestimmte) unbedenklich eine actio utilis des Prinzipals gegen den Dritten anzunehmen. Der Handlungsgehülfe hat gegen das Verbot des Prinzipals Handelsgeschäfte gemacht, es wird so angesehen, als ob er im Auftrage des Prinzipals als Bevollmächtigter desselben kontrahiert hätte; auf die Kenntnis des Dritten von der Vollmacht kommt es nicht an, also kann der Prinzipal direkt gegen den Dritten klagen und dieser gegen ihn.

Aber Savignys Behauptung ist unrichtig. Buchka[2] und Ruhstrat[3] haben nachgewiesen, dass nur dann, wenn der Mandatar als solcher gegenüber dem Dritten aufgetreten war, der Dritte wusste, dass der andere Kontrahent als Mandatar, nicht als Mitkontrahent den Vertrag mit ihm schloss, er diese Klage gegen den Mandatar erhielt,[4] und ebensowenig hatte der Mandant gegen den Dritten die actio utilis selbst in den bestimmten Fällen, wo sie ihm gewährt wurde (vor allem I, 1, § 2, D. 14, 1, „si modo aliter rem suam servare non potest"), wenn nicht der Mandatar mit Bezugnahme auf den Mandanten kontrahiert hatte. „Wenn diese Voraussetzung fehlt, hat der Prinzipal auch selbst im Notfalle nicht eine actio utilis, ungeachtet

[1] Obligationenrecht, Band II, S. 62.
[2] Lehre von der Stellvertretung.
[3] Savignys Lehre von der Stellvertretung.
[4] Buchka, a. a. O., S. 35; Ruhstrat, a. a. O., S. 13, 18.

des materiellen Zusammenhangs des Kontraktes mit seinem Willen, weil dann der Institor den Kontrakt für eigene Rechnung geschlossen hat.“ [1]

Der Mandatar, der ohne Bezugnahme auf den Dritten in eigenem Namen kontrahiert, der „Ersatzmann“, wie Ihering ihn nennt, wird allein aus dem von ihm abgeschlossenen Geschäfte berechtigt und verpflichtet; „der ‚Prinzipal‘ (Mandant) wird durch die Kontrakte des Ersatzmannes dritten Personen nie verpflichtet, selbst nicht im Falle einer in rem versio; ein Klagerecht des letzteren lässt sich juristisch in keiner Weise deduzieren.

Dasselbe gilt nun aber umgekehrt von dem Klagerecht des Prinzipals gegen die Kontrahenten seines Ersatzmannes. Wo letzterer ausschliesslich verpflichtet wird, da wird er auch ausschliesslich berechtigt . . . . .“

Wenn der Mandatar, der für mich einen Vertrag abschliessen soll, „sich selbst nicht bloss als den allein beteiligten Kontrahenten, sondern auch als den Herrn des Geschäftes hinstellt, so vertritt er eben in dem Kontrakt und gegenüber dem anderen Kontrahenten meine Stelle nicht. Unter solchen Umständen kann daher auch dem Mandanten weder ein unmittelbares, noch ein mittelbares Klagerecht gegen den Dritten eingeräumt werden, gleichwie auch der letztere weder direkt, noch indirekt (auf Grund fingierter Cession) gegen den ersteren klagen kann“. [2]

Sind also die actio utilis quasi institoria und die entsprechende actio utilis des Mandanten gegen den Dritten für die direkte Stellvertretung mit offener Vollmacht antiquiert, so hat es sie für Fälle mit verdeckter Vollmacht nie gegeben! Kannte der Dritte die Vollmacht nicht, handelte der Bevollmächtigte nicht unter Bezugnahme auf seinen Vollmachtsgeber, so entstanden aus dem Vertrage immer nur Rechte und Pflichten zwischen dem Bevollmächtigten selbst, der von seiner Vollmacht der Berechtigung, einen anderen zu verpflichten, keinen Gebrauch gemacht hatte, und dem Dritten. Nur da wurde dem, der einen anderen für sich handeln liess, aus dem Kontrakte desselben mit dem Dritten unter Umständen ein direktes Klagerecht gegen den Dritten, eine actio utilis gegen denselben, gegeben, wo „nach Lage der Sache eine eigentliche Stellvertretung von den Parteien gewollt, aber nach den Grundprinzipien des römischen Rechts direkt nicht zu erreichen war“. [3]

---

[1] Thöl, Handelsrecht, 4. Auflage, S. 144. Ebenso Buchka, a. a. O., S. 47, unter Verweis auf l. 10, § 5 D. 17 [1] und l. 84 D. 17 [2].

[2] Zaun, Zur Lehre von der sog. fingierten Cession, der Stellvertretung, den sog. Verträgen zu Gunsten Dritter und der Schuldübernahme. (Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Band I, S. 11 ff., S. 33).

[3] Laband, a. a. O., S. 196. Ebenso Voigtel in Buschs Archiv, Band V, S. 14 ff., Klagerecht der Gesellschaft aus den vom Socius im eigenen Namen mit Dritten geschlossenen Verträgen, S. 23.

Ebensowenig aber, wie das justinianeische Recht, kennen das gemeine Recht und das Handelsrecht eine Verpflichtung oder Berechtigung einer Person aus dem Vertrage eines anderen mit dem Dritten, mag er denselben auch für ihn in seinem Auftrage und Interesse abgeschlossen haben, dem Dritten gegenüber, wenn der andere nicht als Vertreter in fremdem Namen abgeschlossen hat. So unterscheidet insbesondere das H.-G.-B. scharf zwischen der offenen (direkten) und der verdeckten (indirekten) Stellvertretung. Der direkte Stellvertreter, der als solcher nach aussen hervortritt und im Rahmen seiner Vollmacht Geschäfte für den Vertretenen abschliesst, wird aus dem Vertrag gar nicht berechtigt und verpflichtet, sondern allein der Vertretene. (Vertretung durch Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte Art. 52, Gesellschafter Art. 114, Vollmacht zu Handelsgeschäften Art. 298).

Wer aber im eigenen Namen für fremde Rechnung Verträge schliesst, wird seinem Vertragsgegner gegenüber allein aus diesen berechtigt und verpflichtet, während derjenige, für dessen Rechnung der Vertragsschluss geschah, ganz ausserhalb des Kontrakts bleibt. (Kommissionär und Kommissionsgeschäfte Art. 360, 378.)

Was ergiebt sich nun aus dieser Erörterung über die Stellvertretung für die Frage, ob dem Prinzipal aus verbotswidrigen Handelsgeschäften bei „Eintritt" ein direktes Klagerecht gewährt werden kann? Das Ergebnis derselben, dass direkte Wirkungen zwischen Vertretenen und Dritten nach römischem, wie modernem Recht nur bei der offenen Stellvertretung, wenn der Dritte ihn als eigentlichen Kontrahenten kennt, möglich sind, muss unbedingt zu der Erkenntnis führen, dass es unmöglich ist, in unserem Falle direkte Stellvertretung zu fingieren. Unbedenklich wäre der Wille des Handlungsgehülfen, im Namen des Herrn zu kontrahieren, auf Grund des Art. 59, Abs. 2, zu fingieren gewesen, wenn es auf ihn allein ankäme. Zur Fiktion der Stellvertretung wäre aber auch eine Fiktion der Vollmacht und der Bezugnahme auf dieselbe gegenüber dem Dritten nötig. Diese geht aber aus denselben Gründen nicht an, wie eben dem Dritten bei einem gewöhnlichen Kommissionsgeschäft nicht der Kommittent statt des Kommissionärs als Kontrahent aufgedrungen werden kann.[1] Laband[2] sagt: „Der Dritte braucht sich einen Wechsel in der Person seines Mitkontrahenten nicht gefallen zu lassen; ein wirkliches Eintreten der Gesellschaft oder des Prinzipals in die vom Gesellschafter oder Handlungsgehülfen auf eigenen Namen geschlossenen Geschäfte wäre eine Novation derselben, zu der die Zustimmung des dritten Kontrahenten unerlässlich ist". Ist die Unbilligkeit, die die Fiktion der direkten Stellvertretung bei verbotswidrigen Handelsgeschäften des Handlungsgehülfen für den Gegen-

[1] Vergl. Preuss. Motive zu Artikel 285 (jetzt 368) des H.-G.-Bs, S. 153.
[2] a. a. O., S. 292.

kontrahenten desselben zur Folge hätte, das entscheidende Moment gegen dieselbe, so macht es doch keinen Unterschied, ob der Dritte gewusst hat, dass sein Gegenkontrahent Handlungsgehülfe ist oder nicht. Auf Grund dieser Unterscheidung ist, nach Anschütz-Völderndorff wenigstens, wenn der Dritte wusste, dass sein Vertragsgegner Handlungsgehülfe war, ein vollkommener Eintritt des Prinzipals in die Handelsgeschäfte seines Gehülfen anzunehmen, eine direkte Stellvertretung zu fingieren, im anderen Falle aber, wenn der Dritte nicht wusste, dass sein Gegenkontrahent Handlungsgehülfe war, nicht. Dies muss als die Ansicht Völderndorffs betrachtet werden nach der von ihm zu Art. 97 [1] entwickelten Auffassung, wenn er auch im ersten Bande (zwei Jahre früher erschienen) seines Kommentars zu Art. 56 eine andere Ansicht entwickelte. Dort hiess es nämlich für den zweiten Fall: „Hat dagegen der Dritte das bestehende Stellvertretungsverhältnis gekannt, so hängt es allerdings von dem Willen desselben ab, ob er den Prinzipal als Gegenkontrahenten annehmen will oder nicht; denn in diesem Fall ist kein Rechtsgrund gegeben, welcher dahin führen könnte, den im guten Glauben Handelnden an ein gesetzlich verbotenes Geschäft zu binden und ihm einen anderen als den gewollten Gegenkontrahenten aufzunötigen. Er kann deshalb das Geschäft als ungültig erklären und davon abgehen". [2] Dass es nicht angeht, dem Dritten ein Rücktrittsrecht vom Vertrage zu geben, giebt dann eben Völderndorff (Note XII zu Art. 97, Bd. II, S. 174) selbst zu. „Denn nicht der Dritte, sondern nur die Gesellschaft kann Rechte aus den Bestimmungen der Art. 96 und 97 herleiten, dem Dritten gegenüber bleibt der Gesellschafter stets Kontrahent, so lange die Gesellschaft von ihren Rechten aus diesen Artikeln keinen Gebrauch macht, ohne Rücksicht darauf, ob der Gesellschafter diese seine Eigenschaft bei Abschluss des Geschäftes kund gab oder nicht."

Was hier von dem Eintrittsrecht der offenen Handelsgesellschaft bei verbotswidrigen Geschäften ihres Gesellschafters gilt, gilt natürlich auch beim Eintrittsrecht des Prinzipals gegenüber Handelsgeschäften seiner Handlungsgehülfen. Deshalb kann auch nach Völderndorff der Prinzipal ebenso wie die Gesellschaft nur dann ein direktes Klagerecht gegen den Dritten haben, wenn dieser die Handlungsgehülfen-Eigenschaft seines Vertragsgegners gekannt hat. In diesem Falle „muss er aus dem Gesetze auch wissen, dass der Prinzipal, wenn er will, das Geschäft als sein eigenes ansehen kann, und wenn er demungeachtet kontrahiert, so unterwirft er sich stillschweigend der gesetzlichen Folge. Es ist so anzusehen, als überlasse er es der Zukunft, wer sein Gegenkontrahent sein werde, und als erkläre er im voraus sein Einverständnis, wenn der Prinzipal als solcher eintrete".

[1] Kommentar, Band II, S. 167 ff.
[2] a. a. O., Band I, S. 414, Note 4 [6].

Diese Konstruktion „der stillschweigenden Unterwerfung unter die gesetzliche Folge" setzt, wie Allfeld[1] richtig bemerkt, bereits voraus, was eben bewiesen werden muss: dass im Gesetz der Wechsel in der Person des Gegenkontrahenten als Folge der Verbotsverletzung bestimmt ist. Man wird aber Völderndorff unbedenklich darin zustimmen können, dass in dem Falle, wo der Dritte gewusst hat, dass sein Gegenkontrahent Handlungsgehülfe ist (und die Einwilligung seines Prinzipals zu eigenen Handelsgeschäften nicht besitzt — welchen Punkt Völderndorff ignoriert —), eine Fiktion der direkten Stellvertretung mit der Wirkung, dass an die Stelle des Handlungsgehülfen als Kontrahent des Vertrages der Prinzipal tritt, eher annehmbar wäre, indem hier in der That ohne grosses Unrecht bei Geltendmachung des Eintrittsrechts durch den Prinzipal nicht nur der Stellvertretungswille des Handlungsgehülfen, sondern auch das Hervortreten desselben gegenüber dem Dritten und der Wille des Dritten, mit dem Vertretenen zu kontrahieren, zu fingieren wären. Aber das Gesetz hat diese Fälle nicht unterschieden; es hätte unbedingt im Gesetz normiert werden müssen, wenn das Eintrittsrecht in den beiden Fällen einen ganz verschiedenen Inhalt haben sollte; dagegen kennt das Gesetz nur ein einheitliches Eintrittsrecht. Diesem muss ein Inhalt gegeben werden, der in allen Fällen möglich erscheint.

Weil sie, wenn nicht in allen Fällen, so jedenfalls in einem (dem grösseren) Teil derselben zu offenbar mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Widerspruch stehenden Ergebnissen führt, ist die — im Gesetz selbst nicht begründete — Konstruktion eines direkten Eintrittsrechts des Prinzipals in die verbotswidrigen Handelsgeschäfte seines Handlungsgehülfen auf Grund fingierter Stellvertretung, wonach ihm bei „Eintritt" gegen den Dritten die der actio utilis des Mandanten im römischen Recht entsprechende Klage des Vertretenen aus den vom Vertreter abgeschlossenen Geschäften unmittelbar zustehen soll, zu verwerfen.

Wie steht es nun mit der oben erwähnten zweiten Konstruktion eines direkten Klagerechts des Prinzipals gegen den Dritten, die in der That noch übrig bleibt, wenn auch die Fiktion der direkten Stellvertretung abgelehnt ist?[2] Auch auf sie kann ein direktes Klagerecht des Prinzipals mittels actio utilis nicht gegründet werden. Bei dieser Auffassung wird nicht dem Dritten ein anderer Schuldner aufgedrungen, verpflichtet bleibt ihm der Handlungsgehülfe, es wird also nicht ein vollkommener Eintritt des Prinzipals in das Handelsgeschäft in der Weise behauptet, dass er statt des Handlungsgehülfen Kontrahent des Vertrages wird, sondern es wird ihm nur die Gläubigerstellung in der Weise zugesprochen, dass ihm im Augenblick des Eintritts ohne

[1] a. a. O., Anmerkung 11 zu Note 5, Artikel 56, S. 326.

[2] Behrend, a. a. O., Anmerkung 50 zu § 45, S. 327; Allfeld, a. a. O., Note 5[11] zu Artikel 56, S. 326.

Cession die Rechte des Handlungsgehülfen gegen den Dritten zustehen sollen. Es liegt nach Busch[1] „eine sog. cessio necessaria vor, d. h. es wird die Cession fingiert, und der Prinzipal hat eine actio utilis gegen den Dritten. Nach der heutigen, durch eine fast allgemein anerkannte Praxis feststehenden Rechtsansicht waltet hierüber kaum ein Zweifel ob".

Demgegenüber muss nun behauptet werden, dass der Satz, dass, wo eine Cession erzwungen werden könne, dieselbe auch zu fingieren sei, weder den Quellen entspricht, noch gemeinen Rechtens ist. Er wird von der neueren Litteratur allgemein verworfen, hat freilich in der älteren Doktrin namhafte Anhänger in Theorie und Praxis.

Wie das strenge römische Recht eine Stellvertretung bei Begründung der Obligation nicht gestattete, so war nach ihm auch eine Uebertragung des Forderungsrechts auf eine andere Person im Wege der Sondernachfolge (bei der Universalsuccession galt die Fiktion, dass die Persönlichkeit des Toten in der des Erben fortlebe) nicht möglich. „Der Grund dieses Satzes ist vornehmlich darin zu suchen, dass durch das Eintreten eines neuen Gläubigers auch der Inhalt der Leistung des Schuldners geändert wird, und eine solche Aenderung, nahm das römische Recht an, brauche der Schuldner sich nicht gefallen zu lassen."[2] Man half sich nun damit, dass man die Person, der man den Vorteil des Forderungsrechts zuwenden wollte, bevollmächtigte, die Forderung im Namen des Gläubigers einzuziehen, mit der Erlaubnis, das Eingeforderte für sich zu behalten. Den Bevollmächtigten dieser Art bezeichnete man als „procurator in rem suam". Brachte der procurator in rem suam es zur Litiskontesation, so hatte er damit ein festes Recht gegen den Dritten auf Leistung des Forderungsinhalts gewonnen. Aber bis dahin war er in einer üblen Lage, da das Mandat widerruflich war und ihm das „cedierte" Recht jederzeit wieder vom ursprünglichen Gläubiger durch Widerruf genommen werden konnte, auch dadurch erlöschen konnte, dass der Gläubiger ohne Erben starb, oder die Erben widerriefen. Da half der Prätor mit einer actio utilis, die ihm zustand, wenn ein mandatum erteilt, aber untergegangen war. (l. 55, D. 3, 3; l. 1, C. 4, 10; l. 33, C. 8, 53 [54].) Eine actio utilis wurde nun aber gewährt „auch ohne alles mandatum auf Grund des erklärten Willens, dass die Forderung auf einen anderen übergehen solle (l. 16, pr. D. 2, 14; l. 2, C. 4, 10; l. ult. C. 4, 15; ll. 5, 7, 8, 9, C. 4, 39; l. 18, C. 6, 37; l. 4, C. 8, 16 [17]; l. 3, C. 8, 41 [42]; l. 33, C. 8, 53 [54]) oder nach gesetzlicher Regel auf Grund anderer Thatsachen (z. B. geführter Vormundschaft)"[3] überall, „wo eine Verpflichtung zur Cession wirklich vorhanden ist und der Verpflichtete den Akt der Cession nicht vornehmen kann oder will,

[1] Archiv, Band I, S. 77, 78.
[2] Windscheid, a. a. O., § 329, S. 332.
[3] Windscheid, a. a. O., § 329[6], S. 333.

sowohl bei der cessio voluntaria (wenn das Rechtsgeschäft nicht mit der Absicht sofortiger Cession geschlossen ist, also das Mandat selbst noch nicht enthält), als bei der cessio necessaria", wie Puchta [1] behauptet. Und damit sind wir bei dem bestrittenen Satz, der von Puchta an anderer Stelle [2] so paraphrasiert wird: „Der Cessionar kann sich für seine Klage gegen den Schuldner nicht bloss durch ein wirkliches Mandat des Cedenten, sondern auch durch dessen Verpflichtung zur sofortigen Cession ad causam legitimieren". Und wie Puchta, meint vor allem auch Savigny, [3] dass überall, wo eine rechtliche Verpflichtung zur Cession besteht, „ohne jenen überflüssigen Umweg" des Mandats derjenige, der ein Recht auf Uebertragung der Forderung hat, kraft fingierter Cession direkt das Klagerecht der Forderung als actio utilis erhält. Savigny gesteht zu, dass diese Regel, trotz ihrer Wichtigkeit in den Quellen, „nur in einzelnen Anwendungen (allerdings in grosser Zahl) anerkannt und nicht allgemein und grundsätzlich ausgesprochen" ist, aber durch jene Anwendungen im Justinianeischen Recht sei sie zu einer durchgreifenden Regel geworden.

Diesen Autoritäten gegenüber haben Mühlenbruch [4] und Schmid [5] das Bestehen einer solchen Regel geleugnet. Sie ist dann von Windscheid in seiner „actio" energisch bekämpft worden: „Jener Satz (dass in allen Fällen, wo die Cession erzwungen werden könne, das Recht dieselbe ohne weiteres annehme) ist ein ganz exorbitanter Satz. Ein Recht, dessen Abtretung ich verlangen kann, soll ich deswegen schon wirklich haben! Wenn das hier gilt, warum soll nicht auch die rei vindicatio demjenigen gegeben werden, der eine Obligation auf Uebertragung des Eigentums hat?" [6] Gleichzeitig mit Windscheid wendet sich Bähr [7] gegen den Satz, „der dazu dient, im Obligationenrechte alle Sicherheit über die Person des Gläubigers über den Haufen zu werfen". Ausführlich widerlegt ihn neben anderen Zaun. [8] Es wird nachgewiesen, dass in den einzelnen Fällen, wo nach den Quellen die actio utilis auf Grund fingierter Cession gewährt wurde, sie nicht wegen der Erzwingbarkeit derselben gewährt wird, sondern weil der Wille zur Cession vorhanden war, auch seinen Ausdruck gefunden hatte, das nach strengem Recht nötige Mandat aber nicht erteilt war. „Die actio utilis wird gewährt, weil in dem wirklich erklärten animus cedendi die vollendete Cession gefunden wird, nicht aber, weil die noch

---

[1] Kleine civil. Schriften, Kapitel 27, Cession, S. 463.
[2] Pandekten, § 281, S. 428.
[3] Obligationenrecht, Band I, § 23, S. 247.
[4] Mühlenbruch, Cession, S. 470.
[5] Albert Schmid, Grundlehren der Cession. Teil I, Kapitel II, S. 189; Teil II, Kapitel VI, S. 431.
[6] § 20, S. 195 ff. Cfr. Pandekten, § 330, S. 339.
[7] Zur Cessionslehre. Zu Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Band I, S. 400.
[8] a. a. O., S. 11 ff.

nicht vollendete Cession erzwingbar und darum zu fingieren ist.“ [1] Es muss nach Bähr [2] die Annahme der fingierten Cession „auf einen gewissen Kreis von Fällen, namentlich solcher Art beschränkt werden, wo es nur in dem Grundgedanken des älteren Rechts, dass niemand für einen anderen erwerben könne und in dem Mangel des Cessionsbegriffs seinen Grund hatte, dass man das Forderungsrecht nicht ohne weiteres als dem Dritten erworben ansah“. Es kann hier nicht näher auf die einzelnen Fälle der actio utilis auf Grund fingierter Cession eingegangen werden. Zu ihnen gehört auch der Fall, dass dem Mandanten gegen den Kontrahenten seines Mandatars die actio utilis gegeben wird, von dem wir oben speziell nachgewiesen hatten, dass er für unseren Fall keine Anwendung findet, weil es sich hier nur um die Fälle handelte, wo der Mandatar als solcher auftrat. Dieser Fall wird zur Begründung des Satzes von der fingierten, weil erzwingbaren, Cession von den Anhängern derselben nicht herangezogen, da hier offenbar die Cession nicht wegen der Erzwingbarkeit, sondern wegen des Stellvertretungswillens der Parteien erfolgt, der nichts anderes wie Cessionswille ist, da nach römischem Recht direkte Stellvertretung nicht möglich war, vielmehr nur der Vertreter Kontrahent wurde. So beruhen die actio quasi institoria utilis und die gegenüberstehende actio utilis des Mandanten gegen den Dritten „auf thatsächlich erklärter Cession“. [3] Schwieriger ist das Prinzip in manchem der anderen Fälle aufzudecken, die sich zum grössten Teil in Reskripten der Kaiser finden. [4] Aus diesen Stellen kann aber jedenfalls der Satz, dass überall da, wo die Cession erzwingbar sei, sie auch zu fingieren sei, nicht entnommen werden, dem vor allem die Quellenstellen entgegenstehen, wo trotz erzwingbarer Cession eine solche nicht fingiert wird

l. 49, § 2, D., de acq. vel amitt. poss. 41, 2;
l. 1, § 11, D., depos., 16, 3;
l. 8, C., dep. vel. contra, 4, 34. [5]

Es ist nicht zu viel behauptet, wenn man den Satz aufstellt, dass heute die Lehre von der fingierten, weil erzwingbaren, Cession kaum noch einen namhaften Vertreter findet, vielmehr allgemein verworfen wird. [6] Auch in der Praxis kann sie für erledigt gelten, nachdem das Reichsgericht sie in seiner Entscheidung (III. Civilsenat) vom 5. März 1880 [7] ausdrücklich verworfen hat.

---

[1] Zaun, a. a. O., S. 25.
[2] a. a. O., S. 401.
[3] Zaun, a. a. O., S. 39.
[4] Cfr. Zusammenstellung bei Zaun, a. a. O., S. 21 ff.
[5] Cfr. auch über diese Stellen Zaun, a. a. O., S. 26.
[6] So von Dernburg, Pandekten II, § 49, S. 140; Vangerow, Pandekten, Band III, § 574, S. 102, 103; Brinz, Pandekten, I. Abteilung, § 131, S. 567; Wendt, Pandekten, § 218, S. 534.
[7] Entscheidungen, Band I, No. 116, S. 314.

Dieses Erkenntnis befasst sich mit den gerade in unserem Falle zu entscheidenden Fragen:

1. Tritt in allen Fällen einer erzwingbaren Cession die fingierte Cession kraft Gesetzes ein?
2. Ist eine fingierte Cession in dem Falle anzunehmen, wenn ein Mandatar ohne Nennung des Mandanten für eigenen Namen kontrahierte und das Geschäft die Veräusserung einer dem Mandanten gehörigen Sache betraf?

Das Berufungsgericht (Appellationsgericht Cassel) hatte dem Auftraggeber kraft fingierter Cession einen sofortigen, mittels actio utilis verfolgbaren Anspruch gegen den Dritten gegeben, indem es von dem Satze ausging, „dass überall, wo ein Gläubiger zur Uebertragung seiner Forderung rechtlich verpflichtet ist, die Forderung kraft gesetzlicher Bestimmung sofort, auch ohne Uebertragung von seiten des Gläubigers, übergegangen sei".

Dagegen stellt das Reichsgericht fest: „Das römische Recht kennt nur gewisse in den Gesetzen speziell aufgeführte Fälle der fingierten Cession; der allgemeine Satz aber, dass in allen Fällen der erzwingbaren Cession eine fingierte Cession eintrete, findet in den Quellen des römischen Rechts keine genügende Begründung und ist mit anderweitigen Rechtsprinzipien nicht wohl vereinbar, auch liegt kein ausreichender Grund vor, ihn auf den Fall anzuwenden, wo jemand ein Forderungsrecht lediglich auf den Grund hin sich aneignen will, dass dieses Recht in seinem Auftrage erworben sei".

Ebensowenig wie das gemeine Recht kennen endlich das preuss. Landrecht,[1] das französische[2] und das sächsische[3] Recht den Satz, dass überall, wo die Cession erzwingbar ist, die Cession zu fingieren sei, haben vielmehr nur einzelne bestimmte Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs, der sogen. cessio necessaria satuiert, unter denen der des Eintrittsrechts nicht ist.

Dem Prinzipal kann also gegen den Dritten kein direktes Klagerecht zugesprochen werden, da sich ein solches weder auf Grund fingierter Stellvertretung, noch auf Grund einer cessio necessaria konstruieren lässt. Er ist vielmehr darauf beschränkt, von dem Handlungsgehülfen die Cession seiner Ansprüche gegen den Dritten zu verlangen. Er hat die gleiche Stellung, wie der Mandant gegenüber dem Mandatar, der für seine Rechnung, aber nicht in seinem Namen abgeschlossen hat.

Art. 59, Abs. 2, stellt für die Frage des Eintritts des Prinzipals nicht die Fiktion der direkten, sondern die Fiktion der indirekten Stellvertretung auf. Mit der Fiktion der indirekten Stellvertretung wird fingiert der Wille des Handlungsgehülfen, nicht für eigene,

[1] Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 5. Auflage, Band I, S. 634.
[2] „Subrogation", Cod. civ. art. 1249-1252.
[3] Vergl. Sächsisches B. G.-B., §§ 953, 955, 957 (!), 438, 1310, 1348.

sondern für Rechnung seines Prinzipals das Handelsgeschäft zu machen, und wird dem Handlungsgehülfen die Stellung des indirekten Stellvertreters, „des Ersatzmannes", zugewiesen. Für diese Konstruktion (im Gegensatz zu der, die eine direkte Stellvertretung fingieren will) wird, wie bereits oben bemerkt, auch der Wortlaut des Art. 56, Abs. 2, herangezogen, der die Konstruktion des Eintrittsrechts doch wohl nicht „als offene Frage" unberührt lässt, sondern auf die mittelbare Stellvertretung hinweist, indem er bestimmt, dass sich der Handlungsgehülfe (dort Prokurist) gefallen lassen muss, dass die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden. Es wird dem Prinzipal das Recht gegeben, „das Geschäft so anzusehen, nicht als ob es in seinem Namen, sondern als ob es für seine Rechnung geschlossen sei".[1] Wendt will das Argument gelten lassen, hält es aber nicht für entscheidend, es werde damit „den Worten zu viel Prägnanz zugetraut".[2] Wie v. Hahn und andere legt Wendt aber Nachdruck darauf, dass es heisst: „der Prokurist (oder nach Art. 59 der Handlungsgehülfe) muss sich auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, dass die Geschäfte . . . ." „Darin kann man ausgedrückt finden, dass der Prinzipal im Verhältnis zum Gehülfen einen persönlichen Anspruch auf Cession, Tradition u. s. w. bekommen soll, ohne dass er gegen dritte Personen unmittelbare Rechte gewönne."[3] Auch dieses Argument ist mit Sick kaum als entscheidend zu erachten, es spricht gegen die Konstruktion eines direkten Klagerechts gegen den Dritten; dieselbe liesse sich aber trotzdem sicher aufrecht erhalten, wenn sie sonst in einer mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbaren Weise möglich wäre, was aber, wie oben nachgewiesen, nicht der Fall ist. Der „Eintritt" des Prinzipals kann also nur dem Gehülfen gegenüber Wirkungen hervorbringen. Wonach bestimmen sich nun aber dieselben für das A. D. H.-G.-B. nach den Regeln des Bürgerlichen Rechts über Mandat, bezw. negotiorum gestio oder nach den Regeln des H.-G.-B's über das Kommissionsgeschäft? M. E. sind die Regeln über das Kommissionsgeschäft nicht anzuwenden. Das H.-G.-B. hat allgemeine Sätze über die mittelbare Stellvertretung nicht aufgestellt. Es wird in einem besonderen Titel, dem dritten des vierten Buches (Art. 360—378), die gewerbsmässige mittelbare Stellvertretung behandelt. Diese Vorschriften sollen Anwendung finden nach Art. 378, „wenn ein Kaufmann, dessen gewöhnlicher Handelsbetrieb nicht in Kommissionsgeschäften besteht, ein einzelnes Handelsgeschäft in eigenem Namen für Rechnung eines Auftraggebers schliesst". Danach können Vorschriften dieses Titels auf Handlungsgehülfen, die keine Kaufleute sind, keine Anwendung

[1] v. Hahn, a. a. O., zu Artikel 56, S. 294; Gareis, Verträge zu Gunsten Dritter, S. 20.
[2] a. a. O., Anmerkung 10 zu § 66, S. 259.
[3] a. a. O., S. 259. Ebenso Oppenheim, a. a. O., S. 34.

finden. Voigtel[1] und Thöl[2] wollen zwar Art. 368 analog anwenden. Es ist damit der Rechtssatz des Art. 368, Abs. 1, gemeint: „Forderungen aus einem Geschäft, welches der Kommissionär abgeschlossen hat, kann der Kommittent dem Schuldner gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen." Von diesem meint Voigtel: „Der Rechtssatz des Art. 368 ist nicht bloss auf diejenigen Mandatare, welche selbständige Kaufleute sind (Art. 378), sondern auch auf die unselbständigen Stellvertreter (Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte) auszudehnen; denn beide Arten von Mandataren unterscheiden sich nur durch ihr rechtliches Verhältnis zum Mandanten". Um zu dem Rechtssatz, dass aus dem in eigenem Namen für fremde Rechnung abgeschlossenen Geschäfte nur der Mandatar und nicht der Mandant verpflichtet und berechtigt wird, zu kommen, bedarf es nicht der analogen Anwendung des Art. 368, da sich dieser Satz auch aus dem Allgemeinen bürgerlichen Recht ergiebt; andererseits erscheint eine analoge Anwendung auch nur einzelner Vorschriften aus dem Titel vom Kommissionsgeschäft, angesichts der klaren Anwendungsbestimmung des Titels, auf ausserhalb desselben stehende Fälle mit der Beschränkung auf Kaufleute bedenklich, vor allem auch deshalb, weil es oft zweifelhaft sein wird, ob eine Vorschrift nur das Verhältnis zwischen Mandant und Mandatar oder Mandant, Mandatar und dritten betrifft. M. E. haben sogar Thöl und Voigtel, wenn sie Art. 368 anwenden wollen, nicht einmal den ganzen Artikel, sondern nur seinen ersten (oben citierten) Absatz gemeint, den zweiten Absatz dagegen nicht. Dieser, in dem bestimmt wird: „Jedoch gelten die Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten", enthält eine Vorschrift, die m. E. nur für das wirkliche kaufmännische Kommissionsgeschäft passt, und in unserem Fall, wo nur der Abschluss eines Handelsgeschäfts für fremde Rechnung fingiert wird, nicht anzuwenden ist. So hat denn auch die oben citierte Reichsgerichts-Entscheidung vom 5. Mai 1880[3] die Ausdehnung der Vorschrift des Art. 368, Abs. 1, auf den Fall, dass ein Mandatar ohne Nennung des Mandanten in eigenem Namen kontrahierte (und das Geschäft die Veräusserung einer dem Mandatar gehörigen Sache betraf) abgelehnt, da sie nach den thatsächlichen Verhältnissen des Falles nicht gerechtfertigt sei, nachdem hervorgehoben worden ist, dass durch die Bestimmung des Abs. 2 „das im ersten Absatz des fraglichen Artikels zum Ausdruck gekommene gemeinrechtliche Prinzip nicht aufgehoben, sondern nur im Hinblick auf die besondere Natur der kaufmännischen Kommission in gewissem Masse modifiziert sei."

[1] a. a. O., S. 29.
[2] a. a. O., § 58, S. 194.
[3] Entscheidung des R.-G's, Band I, N. 116, S. 315.

Abgesehen gerade von der Bestimmung des Art. 368, Abs. 2, wird sich allerdings wohl im wesentlichen die gleiche Gestaltung ergeben, mag man die Wirkungen des Eintritts analog den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts von der mittelbaren Stellvertretung oder nach den speziellen handelsrechtlichen Vorschriften von der kaufmännischen gewerbsmässigen mittelbaren Stellvertretung als Kommissionär konstruieren. Im wesentlichen hat der Prinzipal dem Handlungsgehülfen gegenüber die Stellung des Kommittenten gegenüber dem Kommissionär.

Das Eintrittsrecht gestaltet sich nun im einzelnen verschieden, je nachdem das Handelsgeschäft, in das der Prinzipal eintreten will, von seiten des Handlungsgehülfen bereits abgewickelt ist oder nicht.

Ist das Geschäft bereits abgewickelt, so kann der Prinzipal den Gewinn unter Abzug der Auslagen herausverlangen, bezw. wenn der Dritte noch nicht geleistet hat, Cession der Rechte an den Dritten verlangen. Verweigert der Handlungsgehülfe die Cession, so ersetzt das auf Klage ergangene Urteil die Cessionserklärung,[1] welche mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben gilt. Der Handlungsgehülfe kann aber die Cession verweigern, bis er seine Auslagen ersetzt bekommen hat. Zu diesen Auslagen gehört, wie allgemein wohl mit Recht angenommen wird, eine Vergütung für die geleistete Arbeit nicht. Hat der Handlungsgehülfe seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, so gestaltet sich die Sache schwieriger. Denn es ist unzweifelhaft, dass der Prinzipal, wenn er in diesem Stadium eintreten will, nicht nur Abtretung der Rechte verlangen kann, sondern auch die Verbindlichkeiten übernehmen muss. Hier sind nun zwei Fälle zu unterscheiden. Erster Fall: Der Dritte willigt in eine Schuldübernahme (was er regelmässig thun wird), dann kann der Handlungsgehülfe die Cession bis zur Schuldübernahme verweigern oder nach erfolgter Cession auf Schuldübernahme klagen.[2] Zweiter Fall: Der Dritte giebt seine Zustimmung zu einer Schuldübernahme nicht, dann bleibt der Handlungsgehülfe Kontrahent, und der Prinzipal ist nur ihm gegenüber zur Uebernahme der Verpflichtung, d. h. zur Leistung an seiner Statt, verpflichtet. Hier kann m. E. der Handlungsgehülfe die Cession verweigern, bis der Prinzipal die Leistung statt seiner gemacht oder, wenn er selber leisten will, bis der Prinzipal Sicherheit wegen der Deckung gegeben hat.

Es wird die Behauptung aufgestellt, der Prinzipal könne vom Handlungsgehülfen verlangen, dass er das Geschäft vollende, und zwar kraft seines Rechtes auf seine Dienste.[3] Das ist in dieser Form sicher unrichtig. Wenn zur Abwicklung kaufmännische Dienste der Art

---

[1] § 779. C.-P.-O.

[2] Vergl. Anschütz-Völderndorff II zu Artikel 97, S. 173. — „Fall der notwendigen Cession im passiven Sinne."

[3] Staub, § 5 zu Artikel 56, S. 108.

erfordert sind, wie zu leisten sie der Handlungsgehülfe vertragsmässig verpflichtet ist, so kann der Prinzipal natürlich verlangen, dass der Handlungsgehülfe statt anderer kaufmännischer Dienste die Abwicklung eben des von ihm verbotswidrig gemachten Handelsgeschäftes für ihn besorge. Erfordert aber die Vertragsleistung, zu der der Handlungsgehülfe verpflichtet ist, eine Thätigkeit, die eine ganz andere (vielleicht viel schwierigere) ist als die, zu der der Handlungsgehülfe angestellt, so kann er dieselbe einfach auf Grund des Dienstvertrages sicher nicht fordern. Auf eine Thätigkeit des Handlungsgehülfen neben seinen vertragsmässigen Diensten hat er niemals ein Recht aus dem Dienstvertrag. Zur Ausführung der Vertragsleistung ist der Handlungsgehülfe nur dem Dritten, nicht dem Prinzipal verpflichtet, dem Dritten auch nur, wenn keine Schuldübernahme stattgefunden hat. Uebernimmt der Handlungsgehülfe gutwillig, wie das in vielen, wenn nicht den meisten, Fällen sein wird, die Vertragsleistung zu bewirken, nachdem er seine Rechte an den Prinzipal cediert, dieser ihm gegenüber die Verbindlichkeiten übernommen hat, so kann er für eine Thätigkeit neben den vertragsmässig geleisteten Diensten auch angemessene Vergütung verlangen. — Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass, wenn nicht eine vollständige Schuldübernahme (mit Einwilligung des Dritten) mit der Cession der Rechte vor sich gehen kann, der Prinzipal am besten thut, erst nach Abwicklung des Geschäfts Herausgabe des Reingewinns zu verlangen, da er sonst sicher häufig in die Lage kommen wird, wehrlos dem Dritten gegenüber zu stehen, der die Leistung verweigert, weil der Handlungsgehülfe, der seinerseits kein Interesse mehr an dem Geschäft hat, nicht leistet. Ebenso wird er bis zur Abwicklung des Geschäfts warten müssen, wenn Cession oder Schuldübernahme wegen hochpersönlicher Leistungsverpflichtung eines der Vertragsteile unstatthaft sind, auf welche Fälle Sick[1] aufmerksam macht.

Gegenstand des Eintrittsrechts sind nach dem Wortlaut des Gesetzes nur die Geschäfte der Handlungsgehülfen für eigene Rechnung. Das Reichsgericht[2] hat aus diesem Grunde dem Prinzipal einen Anspruch auf Herausgabe der Provision aus Geschäften des Handlungsgehülfen für fremde Rechnung auf Grund des Eintrittsrechts verweigert. Es wird dort eine Scheidung in vermittelte Geschäfte und Vermittelungsgeschäfte als unstatthaft abgelehnt, angesichts der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes, welche nur Gewicht auf das Hauptgeschäft lege „zumal der Abschluss eines Handelsgeschäfts für fremde Rechnung an und für sich gar kein Handelsgeschäft ist". Demgegenüber ist zu betonen, dass zwar nicht bei vereinzeltem, wohl aber bei gewerbsmässigem Abschluss von Handelsgeschäften für fremde Rechnung das Vermittelungsgeschäft Handelsgeschäft ist

[1] a. a. O., S. 65.

[2] Entscheidung des R.-G's, Band VIII, N. 11, S. 49.

(siehe oben), und ist dementsprechend mit v. Hahn[1] dem Prinzipal dem Handlungsgehülfen gegenüber, der gewerbsmässig Geschäfte für fremde Rechnung, sei es als Kommissionär, Agent oder Vermittler, für verschiedene Firmen abgeschlossen hat, Anspruch auf Herausgabe der Provisionen, eventuell unter Abzug der ihm (vom Auftraggeber nicht zurückerstatteten) Spesen auf Grund des Eintrittsrechts in die Vermittelungsgeschäfte zu geben, was besonders, wie Hahn treffend bemerkt, dann am Platze sein wird, wenn die Vermittelungsgeschäfte zugleich Konkurrenzgeschäfte im engeren Sinne sind, indem „das Gewerbe des Prinzipals in Vermittelung von Abschlüssen oder in Abschlüssen für fremde Rechnung besteht". Beim vereinzelten Abschluss für fremde Rechnung als Kommissionär dagegen findet ein Eintrittsrecht des Prinzipals in die Vermittelungsgeschäfte des Handlungsgehülfen nicht statt.[2] Hat der Handlungsgehülfe nur vereinzelt (wenn auch gegen Vergütung) als Stellvertreter in fremdem Namen abgeschlossen, so ist — wie oben ausgeführt — das Verbot überhaupt nicht übertreten worden, indem ein Handelsgeschäft des Handlungsgehülfen nirgendwo vorliegt.

Am Schluss der Betrachtung über das Eintrittsrecht noch einige Worte über das „Wesen" desselben und die verschiedenen Analogien, die man gezogen kat.

Laband[3] hat das Eintrittsrecht der notwendigen Stellvertretung durch Hauskinder und Sklaven verglichen — eine Parallele, die zunächst viel Bestechendes hat, zumal man gemeiniglich den Handlungsgehülfen, den „Kommis", und gar den „Lehrling" sich zumeist als junge, halb zur Familie des Prinzipals gehörige Leute vorstellt. Bei näherem Ansehen wird klar, dass der Vergleich hinkt, indem — abgesehen davon, dass Hauskinder und Sklaven rechtsunfähige Personen waren, der Handlungsgehülfe aber heute vollkommen rechtsfähig ist — der „Eintritt" in die Geschäfte der Sklaven und Hausunterthänigen für den pater familias des römischen Rechts ein Recht, aber zugleich eine Pflicht war, während er heute bloss das „Eintrittsrecht" hat, Rechte und Verbindlichkeiten aus den verbotswidrigen Geschäften seines Handlungsgehülfen übernehmen kann, wenn er will, nicht übernehmen muss.[4] Lubszinsky[5] findet „ein — in seinem Ursprung und seinen Wirkungen allerdings durchaus verschiedenes — seiner Natur nach aber ziemlich analoges Institut" in dem „Retraktsrecht" oder „Näherrecht". „Durch dies erlangt, wenn gewisse Bedingungen vorliegen, ein Dritter das Recht, in ein zwischen zwei

[1] a. a. O., § 5 zu Artikel 56, S. 295.

[2] was Hahn zu ignorieren scheint.

[3] a. a. O., S. 201.

[4] Darauf macht Gareis a. a. O., S. 21, aufmerksam, der auch noch die anderen Unterschiede klar hervorhebt.

[5] Julius Lubszinsky, Das Eintrittsrecht des Prinzipals in die Eigengeschäfte des Gehülfen. S. 15.

Kontrahenten über ein Grundstück abgeschlossenes Kaufgeschäft, einzutreten und die Rolle des Käufers zu übernehmen."

„Der Uebergang der Käuferstellung findet nicht ipso iure statt, sondern der Dritte erwirbt, wie bei uns (beim Eintrittsrecht), nur kraft ausdrücklicher Willenserklärung die Rechte des Käufers. Und die Absicht der Kontrahenten ist nicht darauf gerichtet, das Resultat des Geschäfts dem Dritten zuzuwenden, es wird vielmehr, wie in unserem Falle, der ursprüngliche Käufer in der Regel die entgegengesetzte Absicht haben." Lubszinsky vergisst hierbei den entscheidenden Unterschied, dass bei der Ausübung des Retraktrechts ein Eintritt nicht auf der Stelle desjenigen, der der Beschränkung des Eintrittsrechts unterworfen ist, stattfindet, sondern hier vielmehr der Retraktsverpflichtete (wenn man ungenau den Verkäufer so nennen soll) bei Ausübung des Retraktsrechts Kontrahent bleibt, dem der Retraktsberechtigte als neuer Kontrahent gegenübertritt.

Wo ist hier „der Dritte, dem kein anderer Kontrahent aufgedrungen werden darf", der bei unserem Eintrittsrecht so viel Schwierigkeiten machte? Mit mehr Recht weist Lubszinsky auf die Thatsache hin, dass wir es bei unserem Eintrittsrecht mit einem Fall der von Ihering[1] sogen. Reflexwirkungen zu thun haben. Das verbotene Handelsgeschäft zwischen dem Handlungsgehülfen und dem dritten, das nur diesem dienen sollte, gereicht durch Reflexwirkungen dem Prinzipal zum Nutzen, dem das Eintrittsrecht die Möglichkeit giebt, als „Parasit" die Früchte der Thätigkeit des Handlungsgehülfen sich anzueignen.

Eine „Konstruktion" ist auch mit diesem nicht gewonnen. Das Wesen des Eintrittsrechts wird man m. E. am ehesten noch dahin ausdrücken können, dass es das Recht des Prinzipals bedeutet, bei verbotswidrigen Handelsgeschäften des Handlungsgehülfen diesen als seinen „Ersatzmann", seinen „stillen Stellvertreter", Kommissionär (im weiteren Sinne) zu betrachten und dementsprechend „die Handelsgeschäfte als für seine Rechnung geschlossen anzusehen".

§ 9. Das Entlassungsrecht und die Klage auf Unterlassung.

Das Recht des Prinzipals aus Art. 62, 64, aus wichtigen Gründen die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses zu verlangen, hat uns in Bezug auf die Frage, wann bei der Geltendmachung derselben die rechtliche Auflösung des Dienstverhältnisses eintritt, schon oben beschäftigt.

---

[1] Ihering in seinen Jahrbüchern für Dogmatik, Band X, S. 245 ff.

Hier ist zu erörtern, inwieweit verbotswidrige Handelsgeschäfte einen Grund zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses bilden.

Gegen den Handlungsgehülfen kann nach Art. 64 insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden.

„ . . . . . .

2. wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines dritten Handelsgeschäfte macht."

Die in Art. 64 aufgeführten Nummern sind Beispielsfälle, in denen der Richter die Aufhebung aussprechen kann, nicht muss, je nachdem er in den konkreten Verhältnissen des Falles einen wichtigen Grund erblickt oder nicht (Art. 62). Danach ist nun auch in der Praxis nicht in allen Fällen, wo ein Handlungsgehülfe verbotswidrig Handelsgeschäfte betrieben hatte, auf sofortige Aufhebung erkannt worden. Es gilt vielmehr in Theorie[1] und Praxis[2] der Satz, dass geringfügige Ueberschreitung des Verbots noch nicht als wichtiger Grund zur sofortigen Aufhebung anzusehen ist. So meint Anschütz-Völderndorff:[3] „Wenn der Kommis eines Bankiers einige Kisten Cigarren in Kommission nimmt", mag ihm der Prinzipal solches verbieten und allenfalls ihm kündigen, aber sofort und vor der Zeit ihn aus dem Dienste zu entlassen, dazu wäre offenbar kein genügender Grund vorhanden.

Nach dem Urteile des Landes-Oberhandelsgerichts Stuttgart vom 9. Juli 1867[4] „muss, wenn von einem wichtigen Grunde der Entlassung die Rede sein soll, zum mindesten dargethan werden, dass der Handlungsgehülfe entweder einen Teil der dem Prinzipal schuldigen Arbeitskraft auf Geschäfte Dritter verwendet oder durch die Art der anderen Geschäftsleuten geleisteten Unterstützung das Interesse seines Prinzipals gefährdet habe. Letzteres wäre der Fall, wenn ein Reisender in Artikeln seines eigenen Hauses Geschäfte für Dritte machen wollte". Das trifft aber nicht zu, „wenn der Reisende mehr nicht gethan hat, als dass er der Bitte des Konditors S., sein Kirschwasser gelegentlich zu empfehlen bei einigen Bahnhofsrestaurateuren und Wirten, die er ohnehin besucht, gleichviel ob mit Benutzung des S.'schen Preiscourants, der ihm zu diesem Behufe zur Verfügung gestellt sein soll oder nicht, entsprochen hat, und dass infolgedessen etwa 24 Mass Kirschwasser bei S. bestellt worden sind".

Dagegen hat mit Recht der Appellationssenat Mannheim in Uebereinstimmung mit dem Heidelberger Kreisgericht in einem Fall den verbotswidrigen Betrieb von Handelsgeschäften als wichtigen Aufhebungsgrund angesehen, in dem der Reisende einer Firma nebenbei

---

[1] Staub, § 3 zu Artikel 64, S. 128. Puchelt-Förster, a. a. O., Note 4 zu Artikel 64, Band I, S. 149.

[2] R.-O.-H.-G., Band XIX, No. 38, S. 115.

[3] a. a. O., Band I, Artikel 64 ad. 2, S. 459.

[4] Zu Goldschmidts Zeitschrift, Band XXI, S. 564.

Cigarren verkauft hatte und zwar thatsächlich nur zwei Mille, „aber in Vollziehung eines Auftrages zum Absatz möglichst vieler Waren“.[1]

Ebenso hat das Reichs-Oberhandelsgericht[2] in Börsenspekulationsgeschäften eines Prokuristen in bedeutendem Umfange einen wichtigen Grund zur sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses gesehen.

Gewissermassen das Gegenstück zu dem Entlassungsrecht des Prinzipals bei verbotswidrigen Geschäften seines Handlungsgehülfen bietet das Recht, auf Unterlassung zu klagen, dass der Prinzipal dann ausüben wird, wenn er den Handlungsgehülfen nicht entlassen, ihn aber wirksam von einem weiteren Betriebe von Handelsgeschäften abhalten will.

Wendt[3] meint fordern zu dürfen, „dass eine Zuwiderhandlung aus dem Verhalten des Schuldners zu befürchten stehe“ und will deshalb nur, wo es sich „um die Inhibierung eines vom Handlungsgehülfen ohne Einwilligung des Prinzipals begonnenen oder fortgesetzten förmlichen Betriebes handelt“, das Verbot für die Zukunft als an sich berechtigt anerkennen, dagegen wo es sich um einzelne gelegentliche Geschäfte des Gehülfen handelt, die auf das Verbot gerichtete Klage „nur bei speziellen Anzeichen wiederholter Uebertretung“ zulassen.

Dem ist entschieden entgegenzutreten. Allerdings wird praktisch der Prinzipal, einfach um die Kosten zu sparen, nur dann auf Unterlassung klagen, wenn eine Gefahr der Verbotsübertretung vorliegt. Die Thatsache allein aber, dass der Schuldner verpflichtet ist, eine Handlung zu unterlassen, durch die er diesem Verbot zuwidergehandelt hat, giebt dem Gläubiger das Recht zur Klage auf Verbot und Unterlassung für die Zukunft. So hat auch das Reichs-Oberhandelsgericht ganz allgemein im Falle der Art. 56 und 97 eine Klage auf Unterlassung gewährt, nachdem darauf hingewiesen wird, dass eine solche Klage durch die in Art. 56, 97 gewährten Rechte auf Schadenersatz und „Eintritt“ nicht ausgeschlossen wird. Danach kann der Prinzipal sowohl Schliessung eines vertragswidrigen Geschäfts verlangen, als auch für die Zukunft gemäss § 775 C.-P.-O. vom 30. Januar 1877 ein richterliches Verbot unter Androhung von Geldstrafe bezw. Haft erwirken.

§ 10. Geltendmachung der Rechte.

Was nun die Geltendmachung der Rechte, die dem Prinzipal aus der Uebertretung des Konkurrenzverbotes zustehen, insbesondere die Frage, inwieweit die Geltendmachung eines derselben die der

---

[1] Buschs Archiv XIX, S. 25.
[2] Band XVI, No. 71, S. 290.
[3] a. a. O., S. 260; anschliessend Sick, a. a. O., S. 74.

anderen ausschliesst, anbetrifft, so ist darüber kein Streit, dass das „Entlassungsrecht“ und das Recht, auf Unterlassung zu klagen (jedes einzelne von ihnen), dem Prinzipal stets unabhängig davon zustehen, ob er Schadenersatz- oder Eintrittsrecht oder beide zusammen ausübt. Aber auch, dass das Schadenersatz- und Eintrittsrecht dem Prinzipal bei verbotswidrigen Handelsgeschäften seines Gehülfen „kumulativ“ nebeneinander zustehen, im Gegensatz zu den Rechten der offenen Handelsgesellschaft gegen ihren Gesellschafter im analogen Fall, dürfte erheblichem Zweifel angesichts des klaren Wortlauts des Art. 56, Abs. 3, nicht unterliegen, wo es heisst: „Uebertritt der Prokurist . . , so kann der Prinzipal Ersatz des verursachten Schadens fordern. A u c h muss sich der Prokurist gefallen lassen . . . .,“ während es in dem entsprechenden Art. 97 lautet: „Ein Gesellschafter . . . . . muss sich gefallen lassen, dass die . . . . . Geschäfte . . . . . geschlossen angesehen werden; auch kann die Gesellschaft s t a t t d e s s e n Ersatz des entstandenen Schadens fordern; . . . . . .“ Aber es gilt der Satz „bona fides non patitur ut idem bis exigatur“.[1] Es darf deshalb der Prinzipal nicht, nachdem er bereits vollständigen Schadenersatz sich verschafft hat, durch das Eintrittsrecht und das mittels desselben Erlangte den Schaden nachträglich verringern, was einen doppelten Schadenersatz darstellen würde. Danach „hat die Kumulation nur dann eine praktische Bedeutung, wenn der Eintritt gewählt ist, weil dann nicht immer der Schaden vollständig gedeckt ist, während der vollständig Entschädigte nichts mehr fordern kann“.[2] Der Prinzipal hat im ersteren Falle „einen Anspruch auf Schadenersatz in id quod pluris interfuerit“.[3] Den typischen Fall charakterisiert Hahn.[4] „Der Prinzipal, der eine bestimmte Ware zu liefern hat, tritt über den Ankauf derselben in Verhandlungen mit A, und dieser ist geneigt, sie ihm um 100 abzukaufen. Vor Abschluss des Vertrages bietet aber der Prokurist dem A 105, und dieser schliesst mit ihm nun den Preis ab. Der Prinzipal kann dieselbe Ware anderwärts nur um 108 erhalten. In diesem Falle kann der Prinzipal vom Prokuristen einfach den Schaden mit 8 fordern; er kann aber auch verlangen, dass das Geschäft des Prokuristen als für seine Rechnung geschlossen angesehen werde, und daneben den Schaden mit 5 fordern.“ Behufs Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 ist dem Prinzipal eine Klage auf Rechnungslegung über die verbotswidrigen Geschäfte zu gestatten.[5] Was die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 bei einer

---

[1] l. 57 D. de div. regul. jur. aut. 50, 17.

[2] Staub a. a. O., § 4 zu Artikel 56, S. 108.

[3] Behrend, § 45, Anmerkung 49, S. 326, l. 28 D. de a. e. v. 19, 1.

[4] a. a. O., § 5 zu Artikel 56, S. 296.

[5] Entscheidung des R.-G's (I) v. 24. Juni 1889 (zu Artikel 97). Bolze, Band 8, No. 543, S. 256. Staub, a. a. O., § 6 zu Artikel 56, S, 108. Behrend, § 45, Anmerkung 50, S. 326.

Mehrzahl von verbotswidrigen Handelsgeschäften angeht, so will Behrend zwar in der Regel, wie natürlich, dem Prinzipal die ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse hinsichtlich jedes Geschäfts besonders einräumen, nach dem Vorbilde des preussischen Rechts (A. L.-R., II, 8, 25), dann aber „wenn die mehreren Geschäfte eine in sich zusammenhängende Handelsunternehmung bilden", nicht.[1] Dieselbe Ansicht vertritt Lubszinsky:[2] „Ob eine solche Handelsunternehmung vorliegt, dafür ist nicht massgebend die Zahl, auch nicht die Häufigkeit der Geschäfte oder die Länge der zwischen den einzelnen liegenden Zeiträume; es ist vielmehr nachzusehen, ob die mehreren Geschäfte einen einheitlichen animus negotiandi erkennen lassen. Jedes Geschäft ist dann nur ein Teil eines von vornherein gewollten einheitlichen Ganzen. Dieses Ganze darf nicht zerrissen werden. Der Prinzipal darf nur in das Ganze eintreten oder gar nicht . . . . ."

M. E. ist der Begriff „Handelsunternehmung" viel zu vage, es würde stets Gefahr einer Verwechselung mit dem Begriff Handelsgewerbe vorliegen, und zudem kennt ihn das Gesetz eben im Gegensatz zum preussischen Recht nicht. Danach kann der Prinzipal jedem verbotswidrigen Geschäft (durch welchen Begriff ja übrigens schon eine Mehrheit von Transaktionen nach ihrer wirtschaftlichen Einheit umfasst wird) gegenüber nach Belieben Schadenersatz- oder Eintrittsrecht oder beide zusammen (nach den oben entwickelten Regeln) geltend machen. Die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 ist nicht, wie die der analogen Rechte aus Art. 97, an eine Ausschlussfrist von drei Monaten seit Kenntnis gebunden, unterliegt vielmehr den allgemeinen Grundsätzen über die Verjährung. Die nachträgliche Genehmigung der verbotswidrigen Handelsgeschäfte kann denselben zwar nicht die Verbotswidrigkeit nehmen, aber sie wird in der Regel einen Verzicht auf die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 enthalten. Die nachträgliche Genehmigung kann auch durch konkludente Handlung erfolgen, unter Umständen in Stillschweigen nach Kenntnis der Verbotsüberschreitung zu erblicken sein. Doch wird man hier in der Annahme einer stillschweigenden Genehmigung sehr vorsichtig sein und sich davor hüten müssen, auf diese Weise dem Prinzipal für die Geltendmachung der Rechte aus Art. 59 eine Zeitschranke weit enger als die Verjährungsfrist aufzurichten.

---

[1] a. a. O., S. 327, Anmerkung 50, zu § 45.
[2] a. a. O., S. 26.

II. TEIL.

Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen nach dem neuen H.-G.-B.

§ 11. Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen im Entwurf des neuen H.-G.-B's und sein Wortlaut im neuen H.-G.-B. Die anderen gesetzlichen Konkurrenzverbote des neuen H.-G.-B's.

Eher als der gesamte übrige Teil des A. D. H.-G.-B's hat der siebente Titel des ersten Buches, haben die Vorschriften desselben über die Handlungsgehülfen ihre Gültigkeit verloren; schon am 1. Januar 1898, zwei volle Jahre vor dem Inkrafttreten des neuen H.-G.-B's, haben sie den Vorschriften des sechsten Abschnittes desselben über die Handlungsgehülfen und Handlungslehrlinge weichen müssen. Sobald als möglich wollte man den Handlungsgehülfen und Handlungslehrlingen die Segnungen des neuen Gesetzes zu teil werden lassen, das ihre Verhältnisse so durchgreifend und zu ihren Gunsten umgestaltete. Von dieser Umgestaltung konnte natürlich auch das gesetzliche Konkurrenzverbot nicht unberührt bleiben, das formell umzuredigieren schon die anderen Grundbegriffe des neuen Handelsgesetzbuchs notwendig machten.

Es gab keine objektiven Handelsgeschäfte mehr; so musste der Gegenstand des Konkurrenzverbotes anders umgrenzt werden. Der erste Entwurf des neuen H.-G.-B's hatte in § 55 vorgeschlagen, es sollte dem Handlungsgehülfen verboten sein, für eigene oder fremde Rechnung Handel zu treiben. Gegen diese Forderung wandte sich vor allen K. Lehmann.[1] Sie würde, falls nur der Betrieb eines Handelsgewerbes gemeint sei, nicht zutreffen und zu eng sein, da auch der Abschluss eines einzelnen Geschäftes einen Bruch der Treuverpflichtung in sich bergen könne; sei dagegen damit auch das Eingehen eines einzelnen Geschäftes gemeint, so fehle es an der notwendigen Abgrenzung. Lehmann fährt fort: „M. E. liegen zwingende Gründe vor, dem Gehülfen zweierlei zu untersagen: einmal den Betrieb

[1] Der Entwurf des revidierten Handelsgesetzbuchs. (Archiv für die civilist. Praxis, Band 86, S. 289 ff; S. 308.)

irgend eines Handelsgewerbes, sodann den Abschluss von einzelnen Handelsgeschäften, welche den Gegenstand des Betriebes seines Prinzipals bilden". Er schlägt demnach vor, diese beiden Fälle im Gesetz zum Ausdruck zu bringen.

G. Cohn[1] fasst den Ausdruck „Handel treiben" als eine Umschreibung für „gewerbsmässig Geschäfte machen" auf. „Diese Milderung ist innerlich nicht gerechtfertigt; auch durch ein nicht gewerbsmässiges gelegentliches Geschäft kann der Gehülfe den Prinzipal schädigen, und doch besässe nach dem Entwurf der Geschädigte weder das Recht auf Schadenersatz, noch auf Eintritt, noch auch nur mit Sicherheit das Recht der sofortigen Entlassung; denn die gleiche Abschwächung hat auch in den Katalog der Kündigungsgründe des Art. 64, jetzt 65, Aufnahme gefunden. Die Milde gegen den Handlungsgehülfen erweist sich also als Unbill gegen den Prinzipal und erklärt sich nach der Denkschrift, Seite 58, nur durch die veränderte Begriffsbestimmung der Handesgeschäfte; mindestens sollte, wie auch Lehmann vorschlägt, jedes in dem Geschäftszweig des Prinzipals ohne dessen Einwilligung für eigene oder fremde Rechnung abgeschlossene Geschäft dem Gehülfen verboten sein."

Anderer Ansicht ist Gierke.[2] Den Ausdruck „Handel treiben" findet Gierke zwar unbestimmt, doch werde er nach seiner Ansicht genügen, „um im Anschluss an die Lebensanschauungen eine gesunde Praxis herauszubilden. Wollte man dem Handlungsgehülfen die Vornahme jedes Geschäftes verbieten, das im Falle des gewerbsmässigen Betriebes Handelsgeschäft ist, so läge darin eine unzulässige Beschränkung seiner Freiheit. Dagegen geht der Vorschlag, dem Handlungsgehülfen nur Geschäfte im Handlungszweige des Prinzipals oder etwa daneben noch den selbständigen Betrieb eines Handelsgeschäftes zu untersagen, entschieden nicht weit genug. Das Verbot hat seinen inneren Grund nicht bloss in der Unvereinbarkeit eines Konkurrenzbetriebes mit dem Dienstverhältnis, sondern in der personenrechtlichen Gebundenheit des Handlungsgehülfen, der als „Angestellter" dem Geschäfte, dem er eingegliedert ist, regelmässig seine ganze kaufmännische Kraft und Thätigkeit schuldet. Auch ist z. B. dringend wünschenswert, dass ein Prinzipal, der selbst keine Börsengeschäfte macht, befugt bleibt, seinem Gehülfen Börsenspekulationen zu untersagen."

Lehmanns Vorschlag drang durch, und das Verbot erhielt dementsprechend im Entwurf II (Reichstagsvorlage) den Wortlaut, der im § 60 des Gesetzes unten mitzuteilen ist, denn der § 59 des Entwurfs wurde ohne Debatte Gesetz. Der § 61 des Gesetzes entspricht ebenso wörtlich dem § 56 des ersten Entwurfs, 60 des zweiten Ent-

[1] Zur Revision des Handelsgesetzbuchs. (Archiv für bürgerliches Recht, Band XII, S. 185 ff.)

[2] Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. (Goldschmidts Zeitschrift, Band 46, S. 441 ff.)

wurfs. Hier sind die drei Aenderungen, die der Entwurf I in den Bestimmungen über die Folgen der Uebertretung des Verbotes vorschlägt, Gesetz geworden. Von ihnen hatten die Bestimmungen über die Herausgabe der Vergütung im Fall der Geschäfte für fremde Rechnung und die Beschränkung der Rechte des Prinzipals durch eine dreimonatliche Präklusivfrist ungeteilte Zustimmung gefunden, die Aenderung dagegen, dass dem Prinzipal Schadenersatzrecht und Eintrittsrecht nur jedes alternativ zustehen sollten, war von Lehmann und Cohn heftig bekämpft worden, worauf unten an gehöriger Stelle näher einzugehen ist.

Die gesetzlichen Bestimmungen des neuen H.-G.-B's haben folgenden Wortlaut:

§ 60.

Der Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehülfen bekannt ist, dass er das Gewerbe betreibt und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart.

§ 61.

Verletzt der Handlungsgehülfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadenersatz fordern; er kann statt dessen verlangen, dass der Handlungsgehülfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.

Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschluss des Geschäftes erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäftes an.

Diese Paragraphen ersetzen den Art. 56 und Art. 59 des A. D. H.-G.-B's. Das neue Handelsgesetzbuch kennt ein Konkurrenzverbot für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte als solche nicht, nur der Prokurist und Handlungsbevollmächtigte, der gleichzeitig Handlungsgehülfe ist, ist dem Konkurrenzverbot unterworfen, „das nur bei dem Bestehen eines wirklichen Dienstverhältnisses angemessen erscheint". [1]

Das gesetzliche Konkurrenzverbot für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft des alten H.-G.-B's in Art. 96—97 ist in

[1] Denkschrift zum Entwurf eines H.-G.-B's (Reichstagsvorlage) [Ausgabe Heymann], S. 112.

§§ 112—113 im wesentlichen unverändert aufrecht erhalten. (Nur tritt an Stelle einer Ausschlussfrist eine Verjährungsfrist, wie in § 61.) Ebenso geben die §§ 161, 2, 326, 1, im wesentlichen unverändert die entsprechenden Bestimmungen eines gesetzlichen Konkurrenzverbotes für die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien der Art. 157, 159, 196 a des A. D. H.-G.-B's wieder. Dagegen hat das gesetzliche Konkurrenzverbot für die Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaften in § 236, 1, jetzt wohl mit Recht den gleichen Inhalt empfangen, wie das Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen, während es früher dem Verbot für die Gesellschafter analog gestaltet war (Art. 232).

Aber nicht nur da, wo das Verbot des neuen H.-G.-B's dem Wortlaut nach von dem des alten H.-G.-B's abweicht, unterscheiden sich dieselben, sondern gerade die hauptsächlichsten Abweichungen sind dort zu finden, wo zwar die Worte im alten und neuen H.-G.-B. die gleichen sind, hinter den Worten aber im neuen ganz andere Begriffe stehen, wie im alten, wie sich aus der folgenden systematischen Darstellung ergeben wird.

§ 12. Die Personen des Verbotes.

Schon wenn man sich die Frage vorlegt, welche Personen an dem Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen beteiligt sind, findet man zwar, dass das neue H.-G.-B. wie das alte von Prinzipal und Handlungsgehülfen redet, mindestens aber unter dem Begriff des Handlungsgehülfen ganz andere Personen versteht. Was den Begriff des Prinzipals angeht, so ist er m. E. derselbe geblieben, und ist ebenso wie nach altem H.-G.-B. als Prinzipal der Inhaber der Handlungsniederlassung in seiner Beziehung zu seinen Leuten, in seiner Eigenschaft als Chef des Handelspersonals anzusehen. Da dieser Begriff m. E. zugleich der übliche ist, so ist m. E. anzunehmen, dass er vom H.-G.-B. gewollt ist, wenn dasselbe — was übrigens mit Düringer-Hachenburg[1] zu bedauern ist — ihn nicht definiert.

Der eben genannte Autor greift die bisherige (wie oben ausgeführt wurde, nicht den Begriff erschöpfende) Bezeichnung des Prinzipals im alten H.-G.-B. als „Eigentümer der Handlungsniederlassung" an. „Die Definition ist ungenau. Es kommt nicht auf das Eigentum an. Auch der Pächter oder Niessbraucher eines Geschäftes, das derselbe unter eigener Firma führt, ist Prinzipal." Diese sich an das Wort klammernde Kritik ist m. E. unberechtigt. Die Handlungsniederlassung ist hier nicht als Inbegriff körperlicher Sachen gemeint

[1] Düringer-Hachenburg, Kommentar zum H.-G.-B., Band I, S. 195, Anmerkung 1 zu § 59.

und ebensowenig Eigentum im Sinne des Eigentums an Sachen. Es bedeutet vielmehr Eigentümer der Handlungsniederlassung nichts anderes als Inhaber des Handelsgewerbes, Betreiber des Handelsgewerbes, und das ist natürlich auch der Pächter des Geschäftes, der ein Geschäftslokal, eine Geschäftsgelegenheit pachtet, aber doch selbst ein Gewerbe betreibt.

Nur wer Inhaber des Handelsgewerbes ist, ist Prinzipal; dies Moment darf nicht fehlen. Deshalb sind nicht Prinzipale die Mitglieder des Vorstandes einer handeltreibenden juristischen Person, die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft und der Genossenschaft, sowie der Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie alle sind nicht Prinzipale, weil sie nicht Inhaber des Handelsgewerbes sind, sondern nur gesetzliche Vertreter der juristischen Person, die durch sie, ihre Organe, handlungsfähig und damit fähig zur Prinzipalschaft wird, die sie durch sie ausübt. Düringer-Hachenburg lässt ohne Grund das Erfordernis des alten H.-G.-B's, dass der Prinzipal „Eigentümer der Handlungsniederlassung" sei, fallen und definiert danach, „Prinzipal ist, wer kraft Gesetzes oder Gesellschaftsvertrages das Geschäft nach aussen zu vertreten und die Firma zu zeichnen berechtigt ist", welche Definition andererseits wieder zu weit ist, weil Prinzipal nicht der Kaufmann allgemein als Träger des Geschäftes nach aussen, sondern nur in Beziehung zu seinen Leuten ist, wie denn im H.-G.-B. vom Kaufmann als „Prinzipal" ausschliesslich im sechsten Abschnitt, der von den Verhältnissen seiner Angestellten, den Handlungsgehülfen und Handlungslehrlingen, handelt, die Rede ist. (Vgl. oben.) In praktischer Uebereinstimmung mit Düringer-Hachenburg fallen nach der hier gegebenen Definition die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft, die Kommanditisten der Kommanditgesellschaft nicht unter den Begriff des Prinzipals.

War also der Begriff des Prinzipals des H.-G.-B's als mit dem des alten H.-G.-B's übereinstimmend zu bezeichnen, so ist der Begriff des Handlungsgehülfen ein wesentlich anderer geworden. Auch nach dem neuen H.-G.-B. ist zwar, wie nach altem H.-G.-B., Anstellung in einem Handelsgewerbe zu kaufmännischen Diensten (über „Anstellung zu kaufmännischen Diensten" s. o.) erforderlich. Aber der Begriff des Handelsgewerbes ist ein anderer nach neuem wie nach altem H.-G.-B. Lag nach altem H.-G.-B. ein Handelsgewerbe nur vor bei gewerbsmässigem Betrieb von Handelsgeschäften, so entsprechen zwar die in § 1 des neuen H.-G.-B's unter No. 1—9 aufgezählten Geschäfte, die als Gegenstand eines Gewerbebetriebes diesen zum Handelsgewerbe machen, im allgemeinen den Handelsgeschäften des alten H.-G.-B's nach Art. *271* und *272* des alten H.-G.-B's, doch weicht das neue H.-G.-B. darin vom alten H.-G.-B. ab, dass, während das alte H.-G.-B. unter den objektiven Handelsgeschäften

in Art. 272, 1 und 2, den „Spekulationskauf" und den „Lieferungsverkauf" schied, im neuen H.-G.-B. diese Trennung aufgehoben ist, indem nach § 1, 1, ein Handelsgewerbe jeder Gewerbebetrieb ist, der „die Anschaffung und Weiterveräusserung von beweglichen Sachen (Waren) oder Wertpapieren, ohne Unterschied, ob die Waren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräussert werden", zum Gegenstand hat.

Während ferner die gewerbsmässige Vermittelung und Abschliessung von Handelsgeschäften für andere Personen (Art. 272, 4) nach neuem H.-G.-B. kein Handelsgewerbe mehr begründet und das Darlehen gegen Verbodmung an sich ebenfalls unter den im § 1 aufgezählten Geschäften fehlt, treten zu den im Fall gewerbsmässigen Betriebs ein Handelsgewerbe begründenden Geschäften neu hinzu unter § 1, 5, die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer, unter 6 die Geschäfte der Lagerhalter, unter 7 die Geschäfte der Handlungsagenten und der Handlungsmakler.

Aber das sind kleine Aenderungen im Verhältnis zu der bedeutungsvollen Erweiterung, die der Begriff des Handelsgewerbes des A. D. H.-G.-B's in § 2 des neuen H.-G.-B's erfahren hat. „Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des § 1, Abs. 2, nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen." Nach § 2 fallen beispielsweise unter den Voraussetzungen kaufmännischen[1] Betriebes und der Eintragung ins Handelsregister eigene Rohstoffe verarbeitende Thon- und Porzellanfabriken, Ziegeleien, kaufmännische Auskunftsbureaus, Leihbibliotheken endlich, da die Bestimmung des Art. 275 des A. D. H.-G.-B's, „Verträge über unbewegliche Sachen sind keine Handelsgeschäfte", in Wegfall gekommen ist, vor allem Betriebe der Bauunternehmer unter den Begriff des Handelsgewerbes.

Wer aber „in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist, ist Handlungsgehülfe". „Gegen Entgelt"; darin liegt die zweite, auch äusserlich hervortretende Abweichung des „Handlungsgehülfen nach neuem H.-G.-B." vom „Handlungsgehülfen des alten H.-G.-B's". Unter die Handlungsgehülfen des alten H.-G.-B's fielen auch die Handlungslehrlinge und die Volontäre.[2] Das neue H.-G.-B. hat für die Handlungslehrlinge besondere Bestimmungen getroffen (das gesetzliche Konkurrenzverbot findet nach § 76 auf sie Anwendung), die Volontäre aber,

[1] Ueber diesen Begriff siehe oben S. 36 f.
[2] Siehe oben.

wenigstens die „reinen“ Volontäre, die gar kein Entgelt, auch gar keine Gratifikationen vertragsmässig für ihre Dienste empfangen, sind einer Regelung ihrer Verhältnisse im H.-G.-B. (etwa durch Festsetzung analoger Anwendung einzelner Bestimmungen über die Handlungsgehülfen) nicht teilhaftig geworden.

Das ist aber zu bedauern, denn schon jetzt hat sich infolgedessen Streit darüber erhoben, wonach sich das Verhältnis der Volontäre regeln soll. Während Goldmann [1] jede analoge Anwendung der Vorschriften über Handlungsgehülfen im allgemeinen ablehnen und das Verhältnis „von Fall zu Fall durch Erwägung der konkreten Umstände und insbesondere der im Einzelfalle getroffenen Abreden“ beurteilen will, können nach Lehmann von den Grundsätzen des sechsten Abschnittes „beim Volontär wenigstens einzelne analog anwendbar sein, z. B. § 62, zweifelhafter schon §§ 73—75“. [2]

Nach Düringer-Hachenburg sind „die Vorschriften über den Dienstvertrag, soweit sie nicht auf der Unentgeltlichkeit beruhen, auch auf den Auftrag anwendbar“ (unter diesen fällt nach Düringer-Hachenburg der Volontärvertrag). „Insoweit sind dann auch die Vorschriften über die Handlungsgehülfen für die Volontäre massgebend.“ [3] Im Prinzip derselben Meinung ist Staub, doch geht er etwas weiter. Nur „die über die Entgeltlichkeit handelnden Vorschriften des Handlungsgehülfenvertrages finden auf ihn keine Anwendung“. [4]

Was nun das gesetzliche Konkurrenzverbot angeht, so liegen m. E. keine Bedenken vor, sondern entspricht es vielmehr der Billigkeit, [5] dem Volontär, „zu dessen Begriff es gehört, dass er freiwillig die Pflichten des Handlungsgehülfen übernimmt“, [4] auch die Pflicht, sich einer selbständigen Geschäftsthätigkeit zu enthalten, die eine einfache Folge des Dienstverhältnisses ist, aufzuerlegen. Dazu kommt, dass das Konkurrenzverbot des neuen H.-G.-B's wesentlich mehr eigentliches Konkurrenzverbot ist, als das des alten, und gerade von den wirtschaftlich kräftigeren Volontären der Prinzipal wirksamere Konkurrenz zu befürchten hat, wie von den gegen Entgelt thätigen Handlungsgehülfen.

---

[1] Kommentar zum H.-G.-B., Anmerkung 1, III, S. 276, zu Artikel 59.

[2] Lehmann-Ring, Kommentar zum H.-G.-B., No. 3 zu § 59, S. 151.

[3] a. a. O., Vorbemerkung IV zum 6. Abschnitt.

[4] Staub, Kommentar zum H.-G.-B., 6. und 7. Auflage, Anmerkung 7 zu Artikel 59, S. 242.

[5] Siehe auch oben im I. Teil.

§ 13. Gegenstand des Verbotes.

Den Gegenstand des Verbotes, das § 60 den Handlungsgehülfen auferlegt, bildet erstens: das Betreiben eines Handelsgewerbes. Der Begriff des Handelsgewerbes ist bereits im vorigen Paragraphen kurz zu erörtern gewesen. Er ergiebt sich aus § 1, 2, 3 des Handelsgesetzbuchs. Hier ist die Frage zu beantworten, wann das Betreiben eines Handelsgewerbes vorliegt. Wer betreibt ein Handelsgewerbe? Es soll von der Goldschmidt'schen Definition ausgegangen werden. Diejenige Person,[1] „auf deren Namen das Gewerbe geht, d. h. die Handelsgeschäfte geschlossen werden, gleichviel ob sie selbst im Betriebe thätig ist, ob das Gewerbe auf ihre oder auf fremde Rechnung geht; erfordert wird und genügt, dass sie rechtlich als Kontrahent gilt, somit aus den Gewerbsgeschäften unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird". M. E. ist in den Worten der Definition: „Diejenige Person, ... die rechtlich als Kontrahent gilt" das entscheidende Moment klar zum Ausdruck gebracht, während die vielgebrauchten Anfangsworte: „auf deren Namen" die Geschäfte geschlossen werden, als überflüssig und zu Irrtümern Anlass gebend, besser wegzulassen sind. Zunächst ist eine Verwechselung von bürgerlichem Namen und Firma möglich. Natürlich muss die Firma, die der Handelsname des Kaufmannes ist, der Name, unter dem er seinen Handel, seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgiebt, entscheiden. „Wenn Müller Inhaber der Firma Gottfried Schulze ist, welch letzterer das früher von ihm unter seinem Namen betriebene Geschäft mit der Firma an Müller übertragen hat und von seinen Renten lebt, so ist nicht Schulze, auf dessen Namen das Geschäft betrieben wird, sondern Müller, dessen Name möglicherweise im ganzen Geschäftsbetrieb nicht vorkommt, Kaufmann."[2] Soll aber nun die Firma entscheiden, so fragt es sich, wessen Name sie ist, ob sie der Handelsname einer juristischen Person oder einer oder mehrerer physischer Personen ist.

Darüber hat sich nun bei der Kommanditgesellschaft der Streit erhoben. Die Firma der Kommanditgesellschaft ist eine „gemeinschaftliche Firma" (§ 161, Art. 150). Daraus folgert v. Hahn,[3] dass der Kommanditist Kaufmann ist, denn „die Gesellschaftsfirma vertritt unzweifelhaft den Namen der einzelnen Gesellschafter, folglich auch den der nicht geschäftsführenden offenen Gesellschafter und auch des Kommanditisten". Demgegenüber hat Goldschmidt die Ansicht vertreten, dass aus der Firma der Kommanditgesellschaft, wenngleich

---

[1] Handbuch, 2. Auflage, § 43[3], S. 452.

[2] Allfeld, a. a. O., Anmerkung 6 zu Artikel 4, S. 37.

[3] I. Band, S. 85, Artikel 4, § 8. Ebenso Cosack § 111, S. 577, und Schwalb, Die Haftung der Kommanditisten in Goldschmidts Zeitschrift, Band 34, S. 365, 68.

sie im Gesetz eine „gemeinschaftliche“ genannt sei, da sie niemals den Namen oder die Firma des Kommanditisten enthalten dürfe, allein ein Grund „für die ersichtlich nicht gewollte[1] und auch in dem vorbildlichen französischen Recht stets verneinte Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten“ nicht entnommen werden dürfe, wolle man nicht „geschichtlich vollkommen feststehende Rechtssätze einer nur formalistischen Logik opfern“.[2] Anschütz-Völderndorff schliesst sich zur Widerlegung v. Hahns an die passive Konstruktion in Art. 150 an, indem er meint: „Zwar erscheint auch hier vermöge der Vorschrift des Art. 155 der Kommanditist als Mitteilhaber des Handelsgeschäftes und des Handelsnamens (Prot. S. 1099); allein das Gesetz sagt hier nur, dass das Gewerbe unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben werde, nicht, dass die Teilhaber es unter einer gemeinschaftlichen Firma betreiben. Das Geschäft wird vielmehr nur von den persönlich haftenden Gesellschaftern betrieben, der Kommanditist ist nur mit einer Vermögenseinlage beteiligt; nicht er für seine Person wird berechtigt und verpflichtet, sondern er haftet nur mit seiner Einlage“.[3] In der That kann m. E. auf Grund der „gemeinschaftlichen Firma“ die Frage der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten weder bejaht, noch verneint werden.

Wie aus der „Gesellschaftsfirma“ der Aktiengesellschaft nur auf das Vorhandensein einer Aktiengesellschaft als Inhaberin derselben, nicht aber auf die Konstruktion derselben geschlossen werden kann, so erhellt aus der „gemeinschaftlichen Firma“ der Kommanditgesellschaft nur, dass das Gemeinschaftsverhältnis der Kommanditgesellschaft gegeben ist, ohne dass damit über die Natur derselben, insbesondere die Frage, ob Komplementar und Kommanditist das Geschäft betreiben, wie die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, oder nur der Komplementar mit dem durch die Einlagen des Kommanditisten verstärkten Gesellschaftsvermögens, ähnlich wie bei der stillen Gesellschaft, entschieden würde.

Nicht aus dem Namen, nicht aus der Firma, unter der das Handelsgewerbe geführt wird, lässt sich die Frage entscheiden, wer dasselbe betreibt, sondern es hat lediglich darauf anzukommen, wer rechtlich dem Gegenkontrahenten gegenüber Forderung und Verpflichtung überkommt; vor dem Gesetze kommt kein anderer Betrieb als dieser in Betracht, welcher die Rechtsfolgen nach sich zieht.“[4]

Wie steht es danach mit der Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten? Keyssner[5] meint: „Darüber, dass Kommanditist, Aktionär und stiller Gesellschafter aus diesem Verhältnis nicht Kauf-

---

[1] Protokolle, S. 1259.
[2] a. a. O., S. 470.
[3] a. a. O., Band I, Anmerkung 1 zu Artikel 15, S. 56.
[4] Anschütz und v. Völderndorff, S. 44, Band , Anmerkung 6 zu Artikel 4.
[5] Kommentar zum H.-G.-B., Anmerkung 5 zu Artikel 4, S. 13.

mann sind, ist kein Zweifel". Aber die abweichende Ansicht hatte und hat noch immer bedeutende Vertreter, wie sie sich denn auch in zwei Kommentaren zum neuen H.-G.-B. findet.[1] Doch steht die herrschende Meinung entschieden auf dem Standpunkte, dass der Kommanditist kein Kaufmann ist, und ihr ist beizutreten.

Es ist zwar die Möglichkeit prinzipiell zuzugeben, dass jemand Kaufmann sein kann, ohne mit seinem ganzen Vermögen zu haften; nicht aber kann jemand Kaufmann sein, ohne persönlich aus den Geschäften des von ihm betriebenen Handelsgewerbes in vollem Umfange berechtigt und verpflichtet zu werden: „Als Kaufmann wird nach allgemeiner Anschauung nur der angesehen, der das Handelsgewerbe so betreibt, dass er seine ganze Persönlichkeit einsetzt, als Kommanditist riskiert er aber nur ein bestimmtes Kapital, auf dessen Zahlung er zwar mit seinem ganzen Vermögen haftet, das aber doch nur ein begrenztes Einsetzen seiner juristischen Persönlichkeit involviert. Die allgemeine Anschauung erblickt in der Kommanditistenbeteiligung nicht mehr als eine Kapitalsbeteiligung bei einer Handelsgesellschaft, keine Unternehmerschaft eines Handelsgeschäfts."[2] Tuchatsch[3] führt im Anschluss an Anschütz und von Völderndorff aus: „Während der Komplementar mit seiner Person und mit seinem ganzen Vermögen in das Leben hinaustritt, beschränkt sich die Kommanditistenbeteiligung auf seine Einlage. In gewissen Beziehungen ist er gar nicht selber, sondern nur dieses bestimmte Vermögensstück, das erst dadurch, dass es mittels der Persönlichkeit des Komplementars gewissermassen Fleisch und Blut gewinnt und so an der lebendigen Thätigkeit überhaupt Anteil bekommt, das gemeinschaftliche Gewerbe betreiben hilft. Der Kommanditist selbst ist am gemeinsamen Unternehmen nur mit Vermögenswerten, nicht mit seiner Person beteiligt, er darf im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern, wie nach aussen überhaupt in keiner Gesellschaftsangelegenheit handelnd auftreten. (Motive z. K.-O., S. 448, A. A.) Notwendige Voraussetzung der zur Kaufmannseigenschaft erforderlichen Gewerbsmässigkeit ist aber gerade, dass der Handelsgeschäfte Betreibende dem Publikum gegenüber als Geschäftsmann auftritt.[4] [5]

---

[1] Lehmann-Ring, a. a. O., S. 7, § 1, No. 13; Makower, Band I, S. 3, E zu § 1 Die Argumente sind im wesentlichen die v. Hahns, siehe oben.

[2] Staub (6. und 7. Auflage), Anmerkung 8 zu § 1, S. 42.

[3] Die Kommanditgesellschaft, S. 26.

[4] Das letztere Moment ist nach Düring-Hachenburg entscheidend gegen die Kaufmannseigenschaft, a. a. O., S. 25, Anmerkung C zu § 1. Ueber den Begriff der Gewerbsmässigkeit siehe oben.

[5] Gegen die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten auch Canstein (Sind Handelsgesellschaft der Kaufleute?) Goldschmidts Zeitschrift, Band 20, S. 89. Ebenso Behrend, I, § 5, S. 105; Gareis-Fuchsberger, Anmerkung 45 zu Artikel 95, S. 224; Puchelt, F zu Artikel 4, S. 17; Renaud, Kommanditgesellschaft, § 19, S. 135 (wegen der beschränkten Haftung); Goldmann, a. a. O., § 1[1], S. 3.

Für die Ansicht, dass die Beteiligung als Kommanditist an dem Handelsgewerbe eines anderen nicht selbst als Betrieb eines solchen aufzufassen und demnach dem Handlungsgehülfen auch ohne Einwilligung des Prinzipals zu gestatten sei, möchte ich noch, was m. E. bisher noch nicht geschehen, auf § 32, Abs. 2, des Reichs-Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 hinweisen, der lautet:

„Die Kursmakler dürfen, soweit nicht die Landesregierung Ausnahmen zulässt, kein sonstiges Handelsgewerbe betreiben, auch nicht an einem solchen als Kommanditist oder stiller Gesellschafter beteiligt sein, ebensowenig dürfen sie zu einem Kaufmann in dem Verhältnis eines Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder Handlungsgehülfen stehen."

Hier wird dem „Betreiben" eines Handelsgewerbes die „Beteiligung" an einem solchen als Kommanditist, stiller Gesellschafter gegenübergestellt. Nach dem Sprachgebrauch des Reichs-Börsengesetzes wird danach die Beteiligung als Kommanditist ebensowenig wie die als stiller Gesellschafter von dem Begriffe des Handelsgewerbebetriebes umfasst. Der Sprachgebrauch des Börsengesetzes aber, das als Specialgesetz das Handelsgesetzbuch ergänzt, kann hier als identisch mit dem des Handelsgesetzbuchs angesehen werden, da der Grundbegriff des Handelsgewerbebetriebes diesem entlehnt ist.

So ist m. E. in dem Wortlaut des § 32, Abs. 2, des Reichs-Börsengesetzes eine gewissermassen authentische Interpretation des Begriffes „Handelsgewerbe betreiben" im Sinne der herrschenden, auch hier vertretenen Ansicht zu finden.

Wenn hiernach der Kommanditist ein Handelsgewerbe nicht betreibt, so ist es dem Handlungsgehülfen, während er sich an einer offenen Handelsgesellschaft nicht beteiligen darf, erlaubt, sich als Kommanditist an Handelsgewerbebetrieben aller Art zu beteiligen, ebenso wie er stiller Gesellschafter eines Kaufmannes, Aktionär, Anteilseigner einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer eingetragenen Genossenschaft sein kann.[1] Denn in allen diesen Fällen betreibt nicht er, sondern der Einzelkaufmann, der Komplementar bezw. die juristische Person das Handelsgewerbe. Nach Horrwitz[2] umfasst freilich der Betrieb auch die Beteiligung an einer Gesellschaft m. b. H. als Gesellschafter, an einer Kommanditgesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als persönlich haftender Gesellschafter oder Kommanditist (wofür er sich auf Staub beruft, der aber inzwischen seine Ansicht geändert hat!). Aber es ist m. E. unerfindlich, worin er den Unterschied zwischen dem Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. und dem Aktionär oder stillen Gesellschafter für unsere

[1] Ebenso Haase, der Handlungsgehülfe und sein Chef, 2. Auflage, S. 26.
[2] Recht der Handlungsgehülfen, § 13, S. 43.

Frage finden will. Sehr lakonisch erklärt Lehmann[1] es für Thatfrage, ob die Beteiligung an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht unter den Betrieb eines Handelsgewerbes falle. Während er damit offenbar in dem Regelfall einer wirklichen Beteiligung keinen Handelsgewerbebetrieb sieht, nimmt er einen solchen dann wohl an, wenn zwar formell nur eine Beteiligung an einem fremden Unternehmen seitens des Handlungsgehülfen vorliegt, thatsächlich aber durch den Besitz aller oder der allermeisten Anteile in seiner Hand das g a n z e Unternehmen liegt. Diesem Falle wäre gleichzustellen derjenige, wo ein Handlungsgehülfe sich in den Besitz aller oder des bei weitem grössten Teils der Aktien einer Aktiengesellschaft brächte und einen seinem Aktienbesitz entsprechenden Einfluss auf die Geschäftsführung derselben nähme. Man könnte in Fällen dieser Art vielleicht eine Umgehung des Konkurrenzverbotes erblicken, doch ist es m. E. sehr bedenklich, bei der immer noch vorhandenen klaren juristischen Verschiedenheit der Subjekte (des Handlungsgehülfen und der G. m. b. H. bezw. A.-G.) eine Uebertretung des Konkurrenzverbotes mit der Konsequenz anzunehmen, dass der Prinzipal die Rechte aus § 61 und damit das Eintrittsrecht in die Geschäfte der G. m. b. H. bezw. A.-G. erhielte.

Dagegen würde in diesen Fällen dem Prinzipal unbedingt das Recht der Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zuzugestehen sein.

Persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft oder Aktienkommanditgesellschaft darf der Handlungsgehülfe natürlich ebensowenig sein, wie Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft.

M. E. ist die Aktienkommanditgesellschaft auch nach dem neuen Handelsgesetzbuch mit Cosack als „Gesellschaft zur gesamten Hand", welche besteht „a) aus einem oder mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern oder Komplementaren; b) aus der juristischen Person der Kommanditistengesamtheit",[2] und jedenfalls nicht als juristische Person zu konstruieren. Mehr noch nach dem neuen, wie nach dem alten H.-G.-B. sieht freilich die Kommanditgesellschaft „einer Körperschaft zum Verwechseln ähnlich",[3] aber sie bleibt m. E. eine Gesellschaft zur gesamten Hand[4] gleichwohl, weil auch heute noch die Komplementare nicht Organe der juristischen Person, sondern selbständige Gewerbetreibende sind, aus welcher Eigenschaft für uns

---

[1] a. a. O., No. 3 zu § 60, S. 157.

[2] a. a. O., § 123, S. 629.

[3] Hierfür ausser Cosack: Goldschmidt, System, 3. Auflage, S. 129; Gierke, Deutsches Privatrecht, Band I, 3. Kapitel, S. 670. Anderer Meinung: Staub, a. a. O., Anmerkung 2 zu § 320, S. 954, 955; Gareis, Das Handelsrecht, § 37, S. 384; Lehmann-Ring, Anmerkung 13 zu § 1, S. 8.

[4] Gierke, Deutsches Pr.-R., Band I, Kapitel 3, S. 670.

das Verbot, diese Stellung einzunehmen, ohne weiteres folgt, während die Gegner, welche in der Kommanditgesellschaft auf Aktien eine juristische Person sehen und dem Komplementar Kaufmannseigenschaft absprechen, dem Handlungsgehülfen erlauben müssten, Komplementar einer Aktienkommanditgesellschaft zu sein, ebenso wie er Vorstand einer Aktiengesellschaft oder Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. sein kann, was aber nicht einmal Staub ausdrücklich thut,[1] und mit der allgemeinen Anschauung in Widerspruch stände, nach der der Handlungsgehülfe persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ebensowenig sein darf, wie persönlich haftender Gesellschafter einer einfachen Kommanditgesellschaft oder Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft.[2]

Für die Gleichstellung dieser drei Personen in Bezug auf das Konkurrenzverbot der Handlungsgehülfen ist übrigens auch anzuführen, dass für sie in den §§ 112, 161, 2, 326, 1, ein gesetzliches Konkurrenzverbot (s. oben) aufgerichtet ist (während der Kommanditist von einem solchen nicht getroffen ist); denn das Konkurrenzverbot für die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft etc. ist inhaltlich enger, wie das für die Handlungsgehülfen nur insofern, als es sich darauf beschränkt, dem Gesellschafter etc. in dem Handelszweige der Gesellschaft jede Konkurrenz zu untersagen; in diesem Umfange aber will es gleich dem Konkurrenzverbot für Handlungsgehülfen jede eigene gewerbliche Thätigkeit untersagen. Erstreckte sich also das Verbot für die Handlungsgehülfen auch auf die kommanditistische Beteiligung an jedem Handelsgewerbe, so hätte auch dem Gesellschafter eine solche an einer gleichartigen Gesellschaft untersagt werden müssen, während das Verbot ausdrücklich auf die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter beschränkt ist.

Wie sich hiernach der Handlungsgehülfe in allen Formen an anderen Handelsgewerbebetrieben beteiligen kann, sobald er nur nicht persönlich berechtigt und verpflichtet wird, so kann er auch in einem Handelsgewerbe nebenher thätig sein, das seine Ehefrau treibt, ja, er kann es selbst geistig leiten, wenn nur er nicht Kontrahent der Geschäfte dieses Betriebes ist. Hier eine Umgehung der gesetzlichen Vorschrift annehmen, um auf diesem Wege eine Verletzung des Gesetzesverbotes zu statuieren, wie Pilz[3] thut, wird man nicht dürfen. Dagegen kommt es nicht darauf an, dass der Handlungsgehülfe als Inhaber einer Firma ins

---

[1] Staub, a. a. O., Anmerkung 11 zu 320.

[2] Derselbe verweist in § 60 auf § 1 und bei § 1 auf die in der vorigen Anmerkung citierte Stelle.

[3] Der Prinzipal und seine Angestellten, § 2 S. 35. Ebenfalls dagegen Hasenkamp, Gesetzliches Konkurrenzverbot nach dem H.-G.-B. (Inaug.-Dissertation), S. 16; Staub, a. a. O., Anmerkung 3 zu § 60, S. 252.

Firmenregister eingetragen ist; es genügt vielmehr das thatsächliche Auftreten als solcher. „Derjenige, welcher gewerbsmässig Handelsgeschäfte betreibt, ist als Kaufmann auch dann zu betrachten, wenn ein anderer auf Grund eines simulierten Uebertragungsaktes dazu den Namen hergiebt und sich als Geschäftsinhaber in das Firmenregister hat eintragen lassen.“ [1] Andererseits verletzt schon der das Konkurrenzverbot, der zulässt, dass sein Name in eine andere Firma aufgenommen wird, und unter dieser Firma Geschäfte auch ohne seine Mitwirkung gemacht werden. „Falls mit Genehmigung einer Person, deren Namen in die Firma eines kaufmännischen Geschäftes aufgenommen wird, und dann unter dieser Firma Geschäfte gemacht werden, so ist damit festgestellt, dass eben die betr. Person im Sinne des H.-G.-B's, Art. 64, No. 2, für eigene Rechnung oder für Rechnung des Geschäftsinhabers Handelsgeschäfte gemacht hat.“ [2]

Hat das Verbot, ein Handelsgewerbe zu betreiben, den eben dargelegten Inhalt, so ist jetzt zu erörtern, was darunter zu verstehen ist, dass der Handlungsgehülfe ohne Einwilligung des Prinzipals nicht „in dem Handelszweige des Prinzipals“ für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen darf. Der Handelszweig des Prinzipals zunächst, das sind diejenigen Arten von Geschäften, die der Gewerbebetrieb, in dem der Handlungsgehülfe angestellt ist, zum Gegenstand hat, diejenigen Arten von Geschäften, die in dem Handelsgewerbe des Prinzipals thatsächlich betrieben werden. Es kommt nicht darauf an, ob der Handlungsgehülfe gerade für den Handlungsbetrieb in diesem Geschäftszweige engagiert worden ist. Gleichgültig ist auch, ob der Prinzipal Geschäfte dieser Art schon bei Beginn des Dienstverhältnisses betrieben hat oder erst im Verlaufe desselben begonnen hat. [3] Es kommt nicht darauf an, ob diese Art von Geschäften „im Handelsregister z. B. bei einer Aktiengesellschaft oder sonst auf dem Firmenschild als dasjenige des Prinzipals angegeben ist“. [4] Aber das Firmenschild ist auch ebensowenig entscheidend, wenn es, ganz allgemein lautend, viel mehr Arten von Geschäften umfasst, als in dem Geschäft thatsächlich betrieben werden. Für die Feststellung, ob eine Art von Geschäften thatsächlich betrieben wird, kommt es aber natürlich nicht darauf an, ob solche Geschäfte seitens des Prinzipals gerade im Augenblick gemacht werden, sondern es genügt, dass sie mit dem gegenwärtigen Geschäftsbetriebe im Zusammenhang stehen und gelegentlich gemacht worden sind. Wenn aber eine Firma, wie das so häufig ist, die allgemeine Bezeichnung führt: Im- und Export, thatsächlich aber nur den Im- und

---

[1] Erkenntnis des Obertribunals zu Berlin vom 28. Februar 1866. Busch, Archiv, Band 27, S. 110.

[2] Entscheidung des R.-G's v. 3. Dez. 1890; Bolze, Praxis des R.-G's, Band 11, S. 337.

[3] Staub, a. a. O., Anmerkung 8 zu § 60, S. 252.

[4] Horrwitz, S. 44.

Export ganz bestimmter Warenklassen betreibt, so wird man dem Handlungsgehülfen unbedenklich ein gelegentliches Import- oder Exportgeschäft in einer anderen Ware, zumal wenn der Handel in dieser Ware selten mit dem in den vom Prinzipal gehandelten verbunden zu werden pflegt, gestatten.

So ist dem Kommis eines Geschäftes, das unter der Firma: Import und Export sich ausschliesslich mit dem Import von australischen Landesprodukten und dem Export von Manufakturwaren befasst, ein gelegentliches Importgeschäft in Kaffee oder Exportgeschäft in Metallwaren zu gestatten; denn hier kann von Konkurrenz keine Rede sein, und das Verbot der Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals hat lediglich den Zweck, jede selbständige Konkurrenz des Handlungsgehülfen mit dem Prinzipal zu verhindern, während ein Verbot der geschäftlichen Thätigkeit im allgemeinen nicht gewollt ist. Ebenso wie mit der allgemeinen Bezeichnung Im- und Export verhält es sich mit der: Agentur und Kommission. Macht der Prinzipal in der That Agentur- und Kommissionsgeschäfte auf allen Gebieten des Handels, so sind sie auch dem Handlungsgehülfen in demselben Umfange zu versagen; macht der Prinzipal dagegen ausschliesslich in ganz speziellen Geschäftszweigen und Warengattungen Agentur- und Kommissionsgeschäfte, so sind solche (nicht gewerbsmässig) auf den vom Prinzipal nicht kultivierten Gebieten auch dem Handlungsgehülfen erlaubt. Giebt sich das Geschäft des Prinzipals auch äusserlich klar als ein Geschäft nur in einer Warengattung oder mehreren bestimmten Warengattungen zu erkennen, so kann natürlich der Handlungsgehülfe in anderen Warengattungen (nicht gewerbsmässig) Geschäfte machen, so der Prokurist eines Kaffeeimporteurs Importgeschäfte in südamerikanischen Farbhölzern. Aber auch in denselben Waren bilden Platzgeschäft und Versandgeschäft, Inlandversandgeschäft und Auslandversandgeschäft, Kontinentgeschäft und Ueberseegeschäft, und vor allem Gross- und Kleinhandel, verschiedene, allerdings nah verwandte und oft verbundene Handelszweige.[1] Man wird hier vorsichtig vorgehen und, um jede Konkurrenz zu verhüten, dem Handlungsgehülfen nur dann, wenn das Geschäft des Prinzipals offenbar ein „reines" Platzgeschäft, ein reines Engrosgeschäft ist, ein gelegentliches Exportgeschäft bezw. Detailgeschäft in derselben Warengattung erlauben. Auch Fuld[2] will dem Gehülfen eines Engrosgeschäftes ein Detailgeschäft in gleichem Artikel gestatten; ebenso Staub, der mit Recht bemerkt, dass ein „Engrosgeschäft in Kurzwaren und ein Detailgeschäft in Kurzwaren zwei verschiedene Geschäftszweige sind",[3] wogegen Goldmann mit Unrecht polemisiert.[4]

---

[1] Vergl. Goldschmidt, Band I, S. 504, § 46.
[2] Recht der Handlungsgehülfen, S. 38.
[3] a. a. O., Anmerkung 8 zu § 60, S. 253.
[4] a. a. O., § 297. § 66, Anmerkung 1.

Dass Engros- und Detailgeschäft oft mit einander verknüpft sind, kann nicht hindern, dass die Begriffe sich so scharf von einander abheben, dass man von zwei Handelszweigen reden und, wo offenbar nur einer betrieben wird, dem Gehülfen Geschäfte in anderen gestatten kann.

Welches sind nun „Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals"? Diejenigen Geschäfte, die den Gegenstand des Handelsgewerbebetriebes des Prinzipals ausmachen, deren gewerbsmässiger Betrieb die Kaufmannseigenschaft des Prinzipals begründet. In seinem Handelsgewerbe soll der Prinzipal vor Konkurrenz geschützt werden; deshalb darf der Handlungsgehülfe Geschäfte dieses Handelsgewerbes nicht machen. Der bei einem Warenkaufmann angestellte Handlungsgehülfe darf keine Umsatzgeschäfte in Waren der betreffenden Art machen, denn der Umsatz von Waren bildet den Gegenstand der Geschäfte seines Prinzipals. Der Ankauf von Gegenständen in der Branche seines Prinzipals zum eigenen Bedarf ist ihm natürlich erlaubt, wenn nur kein Spekulationskauf in der Absicht der Weiterveräusserung vorliegt. So dürfen sich die Angestellten eines Bankhauses Wertpapiere zu Anlagezwecken kaufen, während ihnen Spekulationsgeschäfte in Wertpapieren, die den Angestellten eines Warenkaufmanns erlaubt sind, verboten sind, da diese „Geschäfte im Handelszweige ihres Prinzipals" sind.

Interessant ist die verschiedene Stellung des Handlungsgehülfen und Gewerbegehülfen in den Fabrikbetrieben, wo die gekauften Rohprodukte bearbeitet und verarbeitet werden (§ 1, 1), wo die Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere übernommen wird (wo der Betrieb über den Rahmen des Handwerks hinausgeht [§ 1, 2]), endlich in den eingetragenen gewerblichen Unternehmungen mit kaufmännischem Betrieb nach § 2. Während nämlich in allen diesen Betrieben die rein technischen Beamten, wie überhaupt, ein Handelsgewerbe betreiben, so ihrem Prinzipal direkte Konkurrenzgeschäfte machen dürfen, gilt für die kaufmännischen Beamten das Konkurrenzverbot in aller Strenge. In allen diesen Fällen bedeutet das „Handel" in „Handelszweig" „Handel im weiteren Sinne", wie diese Gewerbebetriebe ja Handelsgewerbebetriebe sind, obwohl sie den „Handel im engeren Sinne" nicht zum Gegenstand haben. Die einzelnen Geschäfte der Kaufleute nach § 1, 1, und § 2 sind keine eigentlichen Kaufmannsgeschäfte. Erst der Betrieb derselben im grossen und der Betrieb nach kaufmännischer Art macht die Gewerbetreibenden dieser Art zu Kaufleuten; gleichwohl sind auch die Einzelgeschäfte dieser Art den kaufmännischen Angestellten der betreffenden Betriebe verboten. So darf beispielsweise in einem Geschäft photographischer Bedarfsartikel, das auch in grossem Umfange die Entwickelung photographischer Platten übernimmt, der Verkäufer, der Handlungsgehülfe ist, nicht nebenbei auch nur gelegentlich die Entwickelung

fremder Platten übernehmen, während ein in demselben Geschäft für die photographischen Arbeiten angestellter Gewerbegehülfe nicht nur ausserhalb des Geschäftes seines Prinzipals die Entwickelung von Platten für andere übernehmen, sondern auch einen ganzen Konkurrenzhandel in photographischen Bedarfsartikeln treiben darf. Der Handlungsgehülfe muss sich hier vielleicht damit trösten, dass dafür seine Stellung im Geschäfte seines Prinzipals eine festere ist, falls der zu den photographischen Arbeiten Angestellte nicht als „mit höheren technischen Dienstleistungen betraut" nach § 133 a der Gewerbeordnung die gleiche Kündigungsfrist geniesst, wie er.

Dagegen könnte der Handlungsgehülfe ebendesselben Geschäftes in einem Geschäft derselben Branche als Angestellter sowohl die Korrespondenz, Buchführung, Verkauf im Laden und ebenso gewerbliche Arbeiten, wie Entwickeln, Kopieren etc., übernehmen, sofern er nur nicht seine Dienstpflicht gegenüber dem Prinzipal vernachlässigt, denn hier leistet er nur kaufmännische bezw. gewerbliche Dienste, macht aber keine selbständigen Geschäfte in der Branche seines Prinzipals. Ein Geschäftemachen von seiner Seite liegt nur vor, wenn er Geschäfte im eigenen Namen macht, wenn er aus den abgeschlossenen Geschäften Kontrahent wird und so vertragsmässig dieselben Leistungen übernimmt, wie sein Prinzipal. Zwischen dem Betreiben eines Handelsgewerbes und dem „Geschäftemachen im Handelszweig" ist nur der Unterschied, dass dem Handlungsgehülfen a u s s e r h a l b des Handelszweiges seines Prinzipals nur das gewerbsmässige Abschliessen von Handelsgeschäften, i n dem Handelszweige des Prinzipals jedes einzige Geschäft verboten ist. Ebenso wie der Handlungsgehülfe theoretisch Vorstand einer Aktiengesellschaft in einem anderen Geschäft sein kann, ohne damit ein Handelsgewerbe zu betreiben, so kann er Vorstand einer Konkurrenzgesellschaft sein, ohne dadurch Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals zu machen. Denn er macht in keiner Weise, weder gewerbsmässig, noch überhaupt Geschäfte, vielmehr ausschliesslich die juristische Person, die er vertritt. Vielfach wird freilich die andere Ansicht vertreten, nach der es gleichgültig sein soll, ob der Handlungsgehülfe in eigenem oder fremdem Namen abschliesst.[1] Damit wird auf die Abschlussthätigkeit das entscheidende Gewicht gelegt. Schon oben bei dem Begriffe des „Handelsgeschäftemachens" wurde die entsprechende Ansicht zu widerlegen versucht. Dieselben Argumente gelten auch hier. Wenn der Handlungsgehülfe eines Warenkaufmanns in dem Laden eines anderen Kaufmanns derselben Branche Käufe und Verkäufe vornimmt, so macht doch nicht er die Konkurrenz, sondern eben der andere Kaufmann. Seine Thätigkeit ist Stell-

[1] Staub, Anmerkung 6 zu § 60, S. 253; Lehmann-Ring, Anmerkung 4 zu § 60, § 157; Makower, Anmerkung 1 zu § 60, S. 113; Gareis, Handausgabe zum H.-G.-B., Anmerkung 5 zu § 60, S. 77.

vertretung beim Abschlusse, ist nur Beihülfe zum Machen des Geschäftes mit den anderen, und sie ist dem Handlungsgehülfen erlaubt, ebenso wie er dem Konkurrenten seines Prinzipals die Bücher führen, Korrespondenz besorgen, Waren verpacken, Schaufenster dekorieren, beim Vorlegen der Waren behülflich sein, kurz, alle kaufmännischen „faktischen", wie „juristischen" Dienste als gewöhnlicher Handlungsgehülfe oder Prokurist leisten darf.[1]

Ist damit etwa das ganze Konkurrenzverbot illusorisch gemacht, indem der Handlungsgehülfe dadurch, dass er einem Konkurrenten hilft, indirekt dem Prinzipal Konkurrenz machen kann?

Keineswegs. Denn hier wird das gesetzliche Konkurrenzverbot ergänzt durch § 9 des Reichsgesetzes, betreffend den unlauteren Wettbewerb, vom 27. Mai 1896. Danach wird mit Geldstrafe bis zu ℳ 3000 oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft, „wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse, welche ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut oder sonst zugänglich geworden sind, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an andere zu Zwecken des Wettbewerbes oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebes Schaden zuzufügen, mitteilt". „Zuwiderhandlungen verpflichten ausserdem zum Ersatz des entstandenen Schadens."

Ist der Prinzipal so vor einer selbständigen Konkurrenz des Handlungsgehülfen durch § 60 des H.-G.-B's geschützt, so ist er vor einer Unterstützung seiner Konkurrenten durch den Handlungsgehülfen mittels Verrat seiner Geschäftgeheimnisse durch § 9 des Gesetzes, betreffend den unlauteren Wettbewerb, geschützt. Derselbe Paragraph verhindert den Handlungsgehülfen an einem Verrat von Geschäftsgeheimnissen seines Prinzipals an eine Gesellschaft, bei der er mit seinem Kapital beteiligt ist, weshalb nicht einzusehen ist, warum dem Handlungsgehülfen eine Kapitalbeteiligung an einem Konkurrenzunternehmen des Prinzipals versagt werden soll. Horrwitz freilich erklärt: „die Beteiligung an einem Handelsgewerbe, welches sich nicht als Betrieb desselben darstellt, ist ein Geschäft im Sinne des § 60";[2] „der Buchhalter eines Hoteliers z. B. darf sich an einem Weingeschäft, nicht aber an einem Hotelgeschäft als stiller Gesellschafter beteiligen". Da Horrwitz vorher als Beteiligungen, die keinen Betrieb darstellen, die Beteiligung als Aktionär und stiller Gesellschafter aufführt, müsste er konsequenterweise dem Handlungsgehülfen auch den Ankauf von Aktien einer Konkurrenzgesellschaft seines Prinzipals untersagen, was er aber nicht thut. Staub verbietet dem Handlungsgehülfen in Anm. 6 zu § 60 auch

[1] Vergl. dagegen das ausdrückliche Verbot, Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder Handlungsgehülfe bei einem Kaufmann zu sein, für die Kursmakler in dem oben citierten § 32, Absatz 2, Satz 2 des Reichs-Börsengesetzes.

[2] a. a. O., S. 44.

die Beteiligung als stiller Gesellschafter, als Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H., während der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft nicht das Verbot des Geschäftemachens dadurch übertritt, dass er „Aktionär oder Anteilseigner einer Konkurrenzgesellschaft (Aktienkommanditgesellschaft oder Gesellschaft m. b. H.) wird".[1] Damit ist ganz der gleichen Bestimmung an zwei Stellen des Gesetzes eine verschiedene Auslegung gegeben! Wenn es aber unmöglich war, dem Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft nach § 112 die Beteiligung als stiller Gesellschafter, Aktionär oder Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. zu untersagen, weil ihm hier ausdrücklich die Beteiligung als Kommanditist gestattet ist, so gilt ganz dasselbe für die Handlungsgehülfen. Es kann zwischen allen verschiedenen Arten der Kapitalbeteiligung als Aktionär, Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. oder eingetragenen Genossenschaft, Kommanditist einer einfachen Kommanditgesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft kein Unterschied gemacht werden. Alle diese Beteiligungen an einem Betriebe in dem Handelszweige des Prinzipals sind doch keine Geschäfte in dem Handelszweige selbst. Der Erwerb von Aktien einer Aktiengesellschaft, eines Kommanditanteils, einer Kommanditgesellschaft, die ein Speditionsgeschäft betreibt, ist doch nie und nimmer ein Speditionsgeschäft. So darf der Handlungsgehülfe eines Prinzipals, der ein Speditionsgeschäft betreibt, sich an einem anderen Speditionsgeschäft kommanditistisch beteiligen. Diese Beteiligung ist kein Geschäft im Handelszweige des Prinzipals. Er kann aber nicht Geschäftsgeheimnisse des Prinzipals auf diese Weise zu einer unlauteren Konkurrenz benutzen, denn durch deren Verrat, an den die Geschäfte der Gesellschaft führenden Komplementar macht er sich strafbar und schadenersatzpflichtig nach § 9 des Gesetzes, betreffend den unlauteren Wettbewerb.

Nur dann übertritt er das Verbot des § 60, wenn er selber allein oder mit anderen gemeinsam Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals macht, nicht Geschäfte für andere abschliesst, sondern sich selbständig geschäftlich verpflichtet, sei es aus Geschäften für eigene oder fremde Rechnung. Es sind ihm deshalb natürlich alle Kommissionsgeschäfte im Geschäfte des Prinzipals verboten, ebenso aber auch die geschäftsmässige Uebernahme des Abschlusses in fremdem Namen und die Vermittelung von Geschäften im Handelszweige des Prinzipals. Die Scheidung zwischen Propregeschäft und Kommissionsgeschäft würde in der That verfehlt sein. An sich zwar kann man auch in diesen Arten von Geschäften verschiedene Handelszweige finden,[2] aber dieselben sind regelmässig mit einander verbunden. Ein Kaufmann, der gewöhnlich nur Eigengeschäfte macht, macht auch hier und da Kommissionsgeschäfte.

[1] a. a. O., Anmerkung 2 zu § 112.

[2] Goldschmidt, a. a. O., § 46, S. 504.

Der Gesetzgeber hat daher mit Recht durch den Wortlaut, wonach es dem Handlungsgehülfen verboten ist, für eigene oder fremde Rechnung im Handelszweige des Prinzipals Geschäfte zu machen, zu erkennen gegeben, dass Propregeschäfte und Kommissionsgeschäfte in derselben Branche einen verschiedenen „Handelszweig" im Sinne des § 60 nicht begründen sollen. Und dasselbe muss von Vermittelungs- und Vertretungsgeschäften gelten. Der Handlungsgehülfe, der „ein Geschäft daraus macht, Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals für einen anderen abzuschliessen oder zu vermitteln, macht damit ein Geschäft im Handelszweige des Prinzipals". Der Handlungsgehülfe eines Tuchhändlers darf nicht geschäftsmässig gegen Vergütung für einen anderen quasi als „Agent im Einzelfall" oder „Makler im Einzelfall", wenn man so sagen darf, den Abschluss eines Tabaksgeschäftes für einen anderen vornehmen oder vermitteln. „Er macht ein Geschäft in Tabak", wie der Tabaksmakler und Tabaksagent ebensogut Geschäfte in Tabak machen wie der Tabakskommissionär und Tabaksproprehändler. Soweit also die Stellvertretung beim Abschlusse ein besonderes Geschäft darstellt, ist sie den Handlungsgehülfen verboten, aber nicht in der Abschlussthätigkeit als solcher, sondern in dem Vertretungsgeschäft liegt hier die Uebertretung des Konkurrenzverbotes. Die Stellvertretung beim Abschluss, die der Handlungsgehülfe für einen Freund, Verwandten oder Bekannten übernimmt, ohne dabei ein Geschäft zu machen und machen zu wollen, und ebenso die Stellvertretung beim Abschluss, die der Handlungsgehülfe als Angestellter eines anderen Kaufmannes nicht auf Grund eines besonderen Geschäftes, sondern seiner allgemeinen Dienstleistungspflicht vornimmt, erzeugt kein Geschäft des Handlungsgehülfen, da er weder das vermittelte Geschäft gemacht, das vielmehr allein ein Geschäft des Vertretenen ist, noch aus der Vertretung ein Geschäft gemacht hat. Diese Unterscheidung entspricht auch allein der Absicht des Gesetzgebers, der den Prinzipal vor einer selbständigen geschäftlichen Konkurrenzthätigkeit des Handlungsgehülfen schützen will, nicht aber davor, dass der Handlungsgehülfe seine kaufmännischen Fähigkeiten überhaupt ausserhalb des Geschäftes verwertet. Dieser Unterscheidung zwischen der Stellvertretungsthätigkeit an sich und der geschäftsmässigen Uebernahme der Stellvertretung entspricht die Festsetzung des Eintrittsrechts als Folge der Uebertretung des Verbotes. Während bei der geschäftsmässigen Stellvertretung und Vermittelung durch den Handlungsgehülfen der Prinzipal, wie bei den Kommissionsgeschäften, in das Vertretungsgeschäft eintreten und die Vergütung für die Thätigkeit als Vertreter, Vermittler, Kommissionär herausverlangen kann, ist bei dem Abschlusse eines Geschäftes für einen anderen durch einen Handlungsgehülfen, ohne dass dieser ein Geschäft aus der Stellvertretung macht, kein Eintritt möglich, weder in das abgeschlossene Geschäft, in dem der Handlungs-

gehülfe ja gar nicht Kontrahent ist, noch in das Abschliessungsgeschäft, denn ein besonderes Abschliessungsgeschäft liegt nicht vor. Die hier vertretene Unterscheidung entspricht endlich dem oben aufgestellten Gegensatz, dass dem Handlungsgehülfen der gewerbsmässige Betrieb eines Handelsgewerbes, überhaupt der Betrieb von einzelnen Geschäften im Handelszweige seines Prinzipals verboten ist, indem dieselben Geschäfte, die ihm im Handelszweige des Prinzipals auch einzeln verboten sind, gewerbsmässig zu machen, allgemein verboten ist. Denn die Thätigkeit des Abschlusses für einen anderen begründet, ständig und gewerbsmässig ausgeübt, das Handelsgewerbe des Agenten. Die gewerbsmässige Vermittelung von Handelsgeschäften für andere ist der Gegenstand des Handelsgewerbes der Handelsmakler, während die Abschlussthätigkeit auf Grund des Verhältnisses als Handlungsgehülfe oder Vorstand einer juristischen Person niemals, „wenn auch noch so gewerbsmässig ausgeübt", den Betrieb eines Handelsgewerbes bilden kann. — Darin, dass dem Handlungsgehülfen alle Geschäfte, deren gewerbsmässiger Betrieb ein Handelsgewerbe begründet, wenn sie Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals sind, im einzelnen verboten sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie „absolute" oder „relative" Handelsgeschäfte sind, liegt der Unterschied und die Erweiterung des Verbotes des neuen gegenüber dem des alten H.-G.-B's in Bezug auf „Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals". Der Gehülfe eines Spediteurs durfte nach bisherigem Recht gelegentlich Speditionsgeschäfte machen, da diese nur gewerbsmässig betrieben „Handelsgeschäfte" waren. Heute, da das neue Gesetz den Begriff der objektiven, absoluten und relativen Handelsgeschäfte nicht mehr kennt, statt dessen allgemein Geschäfte im Handelszweige des Prinzipals verboten hat, ist ihm jedes Speditionsgeschäft verboten.

Es ist m. E. unzweifelhaft, dass, wenn das Gesetz das „Geschäftemachen" verbietet, jedes einzelne Geschäft verboten sein soll. Gareis scheint dies nicht anzunehmen, sondern mehr zu verlangen, wenigstens soll nach ihm „im Handelszweige-Geschäftemachen", „etwa wie der der Handelsoperation (s. Gareis, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 50—51) ein Mittelbegriff zwischen „Handelsgewerbe betreiben" und „einzelne Handelsgeschäfte als einzelne abschliessen" sein.[1]

Ganz klar sagt Ritter:[2] „nicht der Abschluss eines Geschäftes", sondern das „fortgesetzte Geschäftemachen" ist verboten. Dass „fortgesetztes Geschäftemachen" verlangt wird, davon steht aber nichts im Gesetz. Im Gegenteil ist das „Geschäftemachen", als das Machen einzelner Geschäfte im Handelszweig des Prinzipals im Gegensatz zu dem fortgesetzten gewerbsmässigen Betrieb von Handelsgeschäften jeder Art verboten. Uebrigens hebt Ritter seine Behauptung selber

[1] Gareis, Handausgabe des H.-G.-B's, Anmerkung 3 zu § 60.

[2] Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts, S. 106.

wieder auf, wenn er fortfährt: „aber auch der Abschluss eines einzelnen Geschäftes kann den Thatbestand des Konkurrenzverbotes erfüllen, wenn das Geschäft nach Art und Umfang einen spekulativen Charakter hat, z. B. der Angestellte eines Bankhauses verkauft per ultimo Mai fix ℳ 100 000 Dresdner Bankaktien". Welche „Geschäfte im Handelszweig des Prinzipals" haben denn keinen „spekulativen Charakter"? Der Spekulationscharakter im Sinne des Charakters als kaufmännisches Geschäft darf nicht fehlen, wenn überhaupt von „Geschäften im Handelszweige des Prinzipals" die Rede sein soll.[1] Denn nur die Gewerbegeschäfte desselben, seine „Geschäfte" nach § 1 f des Gesetzes, seine Geschäfte im üblichen Sinne des Wortes sind den Handlungsgehülfen verboten, diese aber nicht erst in grösserer Anzahl, sondern unbedingt.

Ist aber dem Handlungsgehülfen einerseits jedes einzelne Geschäft verboten, so hat er andererseits das Verbot noch nicht übertreten, so lange das Geschäft noch nicht gemacht ist. Die Thätigkeit zwecks Abschluss des Geschäftes ist, ebenso wie die Abschlussthätigkeit, als solche ganz gleichgültig für den Thatbestand des gesetzlichen Konkurrenzverbotes, das erst dann übertreten ist, wenn das Geschäft in dem Handelszweige des Prinzipals zwischen dem Handlungsgehülfen und dem Dritten perfekt geworden und eine kontraktliche Bindung erfolgt ist. Mit Unrecht behauptet daher Goldmann,[2] dass unter dem Verbot des Geschäftemachens in dem Handelszweig des Prinzipals „nicht lediglich das Verbot, die unter dasselbe fallenden Geschäfte zum Abschlusse zu bringen, sondern überhaupt das Verbot, zum Zwecke des Abschlusses solcher Geschäfte thätig zu sein", zu verstehen sei, welche extensive Auslegung nicht die geringste Stütze im Gesetze findet, vielmehr offenbar dadurch ausgeschlossen wird, dass, wie Goldmann selbst zugeben muss, „die Ansprüche aus § 61, insoweit dieselben gemachte Geschäfte zur Voraussetzung haben, nicht zur Anwendung gebracht werden können". Es soll, „je nach Lage der Umstände, ein Schadenersatzanspruch und insbesondere ein Grund zur Kündigung des Dienstverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach §§ 70, 72, 2, 60 Handelsgesetzbuchs begründet sein".

Wenn der Handlungsgehülfe seine allgemeine Dienstpflicht durch seine aussergeschäftliche Thätigkeit verletzt, und das kann unter Umständen der Fall sein, wenn er selbständig Geschäfte im Geschäftszweige des Prinzipals zu machen versucht, dann, aber auch nur dann, wird ein wichtiger Grund zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, aber nicht aus dem speziellen Grund des § 72, 2

---

[1] Vergl. auch Lehmann-Ring, No. 4 zu § 60, S. 157; Staub, a. a. O., Anmerkung 5 zu § 60, S. 253; Horrwitz, a. a. O., S. 44. „Verboten sind nur solche Geschäfte, die ausschliesslich zu Gewinnzwecken gemacht werden."

[2] a. a. O., § 60, Anmerkung 1 [2], S. 298.

(§ 60), sondern wegen Vertragsverletzung im allgemeinen und aus demselben Grunde eine Schadenersatzpflicht begründet sein.

Dem Handlungsgehülfen ist es nur verboten, ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben oder für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Für die „Einwilligung" wird vielfach auf die „Einwilligung" des B. G.-B's verwiesen.[1] Goldmann[2] meint, „es wäre vielleicht richtiger gewesen, wenn hier an Stelle des Ausdrucks „Einwilligung" der Ausdruck „Zustimmung" gebraucht worden wäre, da es nicht zweifelhaft sein kann, dass unter der Einwilligung in § 60 sowohl die vorherige, als auch die nachträgliche Zustimmung verstanden werden muss; nach der Terminologie des B. G.-B's ist aber die Einwilligung die vorherige Zustimmung (vgl. § 183 B. G.-B's), während die nachträgliche Zustimmung mit dem Ausdruck „Genehmigung" bezeichnet wird (vgl. § 184 B. G.-B's) und die „Zustimmung" die „Einwilligung" und die „Genehmigung" umfasst (vgl. Planck, Vorbemerkung 1 zum Tit. 6, S. 232); der Ausdruck „ohne Einwilligung" des Prinzipals ist aus den Artikeln 56, 59 des bisherigen H.-G.-B's übernommen worden und muss hier in demselben Sinne wie dort, nämlich im Sinne der vorherigen, wie auch der nachträglichen Zustimmung, verstanden werden". Demgegenüber soll nach Ritter[3] „die Einwilligung (speziell) zum Betriebe eines Handelsgewerbes vorher erteilt werden", ist aber einmal gegeben, Teil des Vertragsverhältnisses und kann daher nicht widerrufen werden. Mit der Einwilligung des § 182 B. G.-B's hat diese Einwilligung nichts zu thun, weil sie nicht die Bedingung der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts ist, ebensowenig wie die nachträgliche Genehmigung (hier einstweilen nur eine Verzeihung der Vertragsverletzung) alle durch die Vertragsverletzung hervorgebrachten Rechtswirkungen ohne weiteres wieder beseitigt. Dieser Auffassung ist m. E. unbedingt beizutreten, wie sie ja auch für die „Einwilligung" nach A. D. H.-G. verfochten wurde. Wie im A. D. H.-G.-B. ist hier unter Einwilligung „vorherige Zustimmung" zu verstehen, es kommt nicht darauf an, ob die Eigengeschäfte des Handlungsgehülfen dem latenten Willen des Prinzipals entsprachen, er muss vielmehr auch sein Einverständnis zu denselben dem Handlungsgehülfen (ausdrücklich oder stillschweigend) zu erkennen gegeben haben. Die „Einwilligung" wird, glaube ich, am besten mit dem Wort „Erlaubnis" gekennzeichnet. Wer ohne Erlaubnis gehandelt hat, wo ihm verboten war, dieses zu thun, hat ein Verbot verletzt und kann diese Verbotsverletzung niemals dadurch aus der Welt schaffen, dass er nachträglich um Er-

[1] Staub, a. a. O., Anmerkung 9 zu § 60, S. 253; Lehmann, a. a. O., Anmerkung 2 zu § 60, S. 157; Hasenkamp, a. a. O., S. 56; Gareis, Handausgabe, a. a. O., Anmerkung 6 zu § 60.

[2] a. a. O., Anmerkung 1 zu § 60, S. 294.

[3] a. a. O., S. 107.

laubnis bittet und Verzeihung, wie Ritter sich treffend ausdrückt, erhält. Er hat eben doch ohne Erlaubnis gehandelt. Bezeichnet man die Verzeihungserklärung als „Genehmigung", was zwar gefährlich ist, man aber wohl thun kann, wenn man sich dabei klar bleibt, dass es sich nicht um eine Genehmigung nach § 184 handelt, so kann in dieser Genehmigung, wie schon oben bemerkt, unter Umständen ein Verzicht auf die Rechte des § 61 (Art. 56) liegen, nicht aber durch dieselbe die Vertragsverletzung wieder aufgehoben werden, welche beispielsweise als Grund zur Klage auf Unterlassung von verbotswidrigen Geschäften stets bestehen bleibt, selbst wenn der Prinzipal ausdrücklich erklärt hat, er wolle in die verbotswidrigen Geschäfte nicht eintreten, auch weder einen Schadenersatzanspruch geltend machen, noch ihm sofort kündigen, er erwarte nur, dass so etwas nicht wieder vorkomme etc.

Ein solcher Verzicht auf die Rechte aus § 60 und § 71, 2, kann natürlich ebenso wie die Einwilligung stillschweigend erklärt werden; doch wurde schon oben betont, wie hier Vorsicht am Platze ist, was nach neuem Recht bei der ohnehin kurzen Verjährungsfrist der Rechte des Prinzipals noch mehr gilt.

Der Absatz 2 des § 60 bringt die Einwilligungsfiktion für den Fall, dass der Handlungsgehülfe bei der Anstellung ein Handelsgewerbe mit Kenntnis des Prinzipals betrieb, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart. In der Modifikation, dass nunmehr ausdrückliche Vereinbarung verlangt wird, während es nach altem Recht genügte, wenn der Prinzipal sich die Aufgabe des Betriebes bedungen hatte, liegt hier die einzige Aenderung der oben ausführlich erörterten Bestimmung.[1] Danach kann, „wenn bei der Anstellung der Prinzipal dem Gehülfen den Betrieb des fraglichen Handelsgewerbes einseitig verbietet, der Gehülfe aber der Verbotserklärung des Prinzipals gegenüber sofort erklärt, dass er das von ihm betriebene Handelsgewerbe nicht aufgeben könne, und dann der Prinzipal auf seine Untersagung nicht weiter zurückkommt", die Aufgabe des Betriebes nicht wohl als „ausdrücklich vereinbart" angesehen werden, vielmehr (wird) die Fortsetzung des eigenen Betriebes als zugestanden anzusehen sein.[2] Nach bisherigem Recht konnte es zweifelhaft sein, ob schon stillschweigende Forderung der Aufgabe oder nur stillschweigende Aufnahme der Bedingung der Aufgabe des Betriebes in den Vertrag, d. h. stillschweigende Vereinbarung, genügte.[3]

---

[1] Doch ist noch zu beachten, dass es nach A. D. H.-G.-B. eine Einwilligungsfiktion beim „Handelsgeschäftemachen", nach neuem nur für den Betrieb eines Handelsgewerbes, nicht für das „Machen von Geschäften im Handelsgewerbe" von Prinzipalen giebt.

[2] Gareis, Anmerkung 7 zu § 60, Handausgabe, § 78.

[3] Die letztere Ansicht wurde im Text vertreten.

Was über die stillschweigende Einwilligung für das Konkurrenzverbot nach altem Handelsgesetz gesagt ist, gilt auch für das Recht des neuen H.-G.-B's und ist deshalb darauf zu verweisen.

§ 14. Dauer des Verbotes.

Wie das gesetzliche Konkurrenzverbot bei Einwilligung des Prinzipals in selbständige Handelsgeschäfte (im gewöhnlichen Sinne des Wortes) cessiert, so fällt es mit der Beendigung des Dienstverhältnisses selber weg, mit der rechtlichen, nicht schon mit der thatsächlichen Auflösung des Dienstverhältnisses, ebenso wie nach dem A. D. H.-G.-B.

Besondere Erwähnung verdient aber die Gestaltung bei Aufhebung des Dienstverhältnisses durch Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Nach neuem Handelsgesetzbuch tritt — ebenso wie bei der entsprechenden Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist des B. G.-B's, wenn der kündigende Teil dazu berechtigt war (nach § 70, § 71, § 72 des H.-G.-B's) — die Aufhebung des Dienstverhältnisses mit der Kündigung ein. Damit wird auch der Handlungsgehülfe im Augenblicke der Kündigung von seiner Pflicht zur Konkurrenzenthaltung nach § 60 enthoben. In dem Falle aber, dass „die sofortige Kündigung" ohne wichtigen Grund erfolgt — über die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, entscheidet im Streitfalle der Richter nach freiem Ermessen —, bleibt das Dienstverhältnis bestehen, demgemäss auch das Konkurrenzverbot.[1] Kündigt der Handlungsgehülfe ohne wichtigen Grund, so bleibt, ebenso wie seine Verpflichtung zur Dienstleistung, die Pflicht zur Konkurrenzenthaltung bestehen, und der Prinzipal hat die Rechte aus §§ 60, 61. Wenn der Prinzipal ohne wichtigen Grund kündigt, muss der Handlungsgehülfe, der das Dienstverhältnis aufrecht erhalten will, ebenso wie er zu den vertragsmässigen Diensten bereit sein muss, das gesetzliche Konkurrenverbot beachten, wenn er sich nicht schadenersatzpflichtig machen oder riskieren will, dass der Prinzipal in die Geschäfte eintritt. Unter Umständen freilich, besonders wenn es nicht sicher ist, ob der Prinzipal nicht doch mit Recht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt hat, wird man dem Handlungsgehülfen raten können, wenn er Gelegenheit hat, Konkurrenzgeschäfte zu machen, ohne dem Prinzipal Schaden zuzufügen, dies ruhig zu thun, denn, entscheidet dann der Richter, dass der Prinzipal mit Recht das Verhältnis sofort aufgehoben hat, so hat er wenigstens, wenn die von ihm gemachten Geschäfte Gewinne abwerfen, etwas verdient. Im anderen Fall, wo der Prinzipal mit Unrecht kündigte, muss dieser ihm sein Gehalt zahlen, wogegen er dann ev. den ge-

[1] Staub, S. 252, Anmerkung 2 zu § 60.

machten Gewinn oder seine Ansprüche aus dem Konkurrenzgeschäft an den Prinzipal abtreten muss. Dagegen geht es m. E. zu weit, in der ungerechtfertigten Entlassungserklärung des Prinzipals auch einen Verzicht auf die Befolgung des Konkurrenzverbotes für den Fall, dass die Kündigung als sofortige Kündigung nicht wirkt, allgemein zu erblicken, wie Ritter[1] will. Denn mit der Kündigungserklärung will der Prinzipal zwar weitere Dienste und damit Konkurrenzenthaltung des Handlungsgehülfen nicht, aber nur, wenn das Verhältnis infolge der Kündigung auch seine Auflösung nach beiden Seiten findet, er also auch von seiner Pflicht zur Gehaltzahlung frei wird. Ritter meint, der Prinzipal wolle „vernünftigerweise seine Entlassungserklärung so ausgelegt wissen, wie sie seinen Interessen am besten entspricht", und behauptet weiter, die von ihm vertretene Auslegung entspreche dem Interesse des Prinzipals am besten, „weil sie für den Fall der ungerechtfertigten Entlassung den Schaden des Prinzipals möglichst zu mindern bestrebt ist". Dabei konstruiert Ritter offenbar den Fall, dass, falls der Handlungsgehülfe nach der ungerechtfertigten Entlassung eigene Geschäfte mit Gewinn macht, der Prinzipal dann diesen auf die dem Handlungsgehülfen geschuldete Vergütung aufrechnen kann. Er lässt dabei ausser acht, dass die gemachten Konkurrenzgeschäfte dem Prinzipal bei weitem mehr Schaden gebracht haben können — den der Handlungsgehülfe natürlich nicht zu ersetzen braucht —, als der Gewinn des Handlungsgehülfen, wenn er überhaupt welchen gemacht hat, beträgt, den der Prinzipal auf das von ihm zu zahlende Gehalt aufrechnen könnte, wozu er übrigens auch m. E. gar kein Recht hätte. Denn wenn auch der Handlungsgehülfe, der nach ungerechtfertigter Kündigung seitens des Prinzipals während der Schwebezeit des Prozesses eine andere Stellung angenommen hat, das dort verdiente Gehalt sich auf das vom Prinzipal zu zahlende anrechnen lassen muss, wenn der Richter schliesslich zu seinen Gunsten entscheidet, weil es ungerecht wäre, wenn er sich seine Dienste zweimal vergüten lassen wollte, so trifft der gleiche Gesichtspunkt für die eigenen Handelsgeschäfte des Handlungsgehülfen nicht zu, weil diese sehr gut neben den Diensten als Handlungsgehülfe möglich sind. Sieht man also in der ungerechtfertigten Entlassungserklärung des Prinzipals zugleich einen Verzicht auf die Befolgung des gesetzlichen Konkurrenzverbotes auch für den Fall, dass die Kündigung eine sofortige Aufhebung nicht bewirkt, so legt man dieselbe nicht zu Gunsten, sondern zu Ungunsten des Prinzipals aus, der durch dieselbe des Rechts verlustig geht, bei nicht aufgehobenem Dienstverhältnis die in der Zeit zwischen der ungerechtfertigten Kündigung und dem richterlichen Urteil von dem Handlungsgehülfen gemachten Eigengeschäfte als verbotwidrig anzusehen und demgemäss die Rechte aus § 61 geltend zu machen.

[1] a. a. O., S. 120.

§ 15. Folgen der Uebertretung des Konkurrenzverbotes, Rechte des Prinzipals aus derselben.

Die verbotswidrig gemachten Geschäfte des Handlungsgehülfen haben nach neuem H.-G.-B. im wesentlichen dieselben Folgen, wie nach dem A. D. H.-G.-B.

Vor allem sind die verbotwidrig abgeschlossenen Geschäfte vollgültig und nicht nichtig, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Dritte gewusst hat oder nicht, dass sein Gegenkontrahent Handlungsgehülfe war. Das B. G.-B. kennt zwar Fälle, wo bei einem Mangel des Geschäftes bei Kenntnis oder Nichtkenntnis verschiedene Folgen eintreten, so wenn ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters onerose Verträge abschliesst. Aber wie die „Einwilligung" hier, wie oben ausgeführt, eine ganz andere ist, wie die „Einwilligung" des Prinzipals zu Privatgeschäften seines Handlungsgehülfen, so die Folgen. In dem einen Fall ein nicht vollwirksamer, hinkender, im anderen Fall ein vollgütiger Vertrag. Der Handlungsgehülfe d a r f nicht verbotswidrig Privatgeschäfte machen, der Minderjährige k a n n nicht ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters sich gültig verpflichten. Nur das Nichtkönnen begründet Nichtigkeit der scheinbar gültigen Handlung.[1] Die verbotswidrig gemachten Geschäfte haben Folgen nur zwischen dem Handlungsgehülfen und dem Prinzipal, nicht aber dem dritten, der direkt weder durch das Schadenersatzrecht des Prinzipals, was selbstverständlich ist, noch durch das Eintrittsrecht desselben berührt wird.[2] Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs, wie des Eintrittsrechts, wie des sofortigen Kündigungsrechts, wie der Klage auf Unterlassung ist nur eine objektive Verletzung. Es kommt auf subjektives Verschulden nicht an, und tritt nicht etwa bei entschuldbarem Irrtum des Handlungsgehülfen über die Einwilligung des Prinzipals eine mildere Behandlung ein, wie in dem Falle des § 179 B. G.-B's, wo ebenfalls an den blossen Thatbestand der „Vertretung ohne Vertretungsmacht" Folgen geknüpft sind, die aber in dem Falle, wo der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte, milder sind, wie im anderen Falle (Erfüllung oder positives Vertragsinteresse im einen, Erfüllung oder negatives Vertragsinteresse im anderen Falle[3]).

---

[1] Staub, Anmerkung 7 zu § 61, S. 255; Planck, Kommentar zum B.-G.-B., Band I, S. 25.

[2] „Zu beachten ist aber, dass das Ehrengericht der Berliner Börse bereits in zwei Fällen unter Billigung der Berufungskammer das Geschäftemachen mit Handlungsgehülfen für ehrenrührig erkannt hat." Ritter, a. a. O., § 107.

[3] Vergl. auch § 678 B.-G.-B's, wo nicht bei jeder Geschäftsführung ohne Auftrag, sondern nur, wenn sie „mit dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn im Widerspruch" stand, und der Geschäftsführer dies erkennen musste, dieser zum Schadenersatz auch ohne sonstiges Verschulden verpflichtet ist.

Was nun die einzelnen Rechte des Prinzipals bei Uebertretung des Verbotes im besonderen, zunächst den Schadenersatzanspruch, angeht, so bestimmt er sich nach §§ 240—51, 252 B. G.-B's. Der Handlungsgehülfe ist in erster Linie verpflichtet, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn er gegen das Konkurrenzverbot nicht verstossen hätte. Da er aber hierzu in der Regel nicht imstande sein wird, so hat er nach § 251 den Prinzipal in Geld zu entschädigen.

„Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere auch den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte" (§ 252). Als entgangener Gewinn kann, wie bereits oben ausgeführt, unter Umständen auch der ganze Gewinn, den der Handlungsgehülfe bei seinen verbotswidrigen Geschäften gemacht hat, gefordert werden, während in den meisten Fällen der Anspruch auf Herausgabe des gemachten Gewinnes nur gegen Ersatz der Auslagen bezw. Uebernahme der Verbindlichkeiten vom Prinzipal auf Grund des Eintrittsrechts verlangt werden kann. Im übrigen gilt in Bezug auf die Verursachung des Schadens, da das B. G.-B., ebenso wie das bisherige Recht, Kausalzusammenhang verlangt, die Frage, wann dieser vorliegt, aber nicht entscheidet, ihre Lösung vielmehr der Wissenschaft überlässt, das oben Gesagte.

Insbesondere kann auch für den Schadenersatzanspruch nach B. G.-B. die Unterscheidung zwischen adäquatem und inadäquatem Kausalzusammenhang aufrecht erhalten werden. Spricht man von „Kausalzusammenhang in juristischem Sinne", da, wo der Kausalzusammenhang die rechtliche Folge der Schadenhaftung nach sich zieht, so ist in diesem Sinne die Person nur dann als „verursachend anzusehen, wenn sie eine Bedingung setzt, welche auf Grund des ganzen zur Zeit der Handlung erkennbar vorliegenden sonstigen Bedingungskomplexes im allgemeinen geeignet war, den Erfolg herbeizuführen".[1]

Auch für die Feststellung des Schadens gelten die gleichen Grundsätze, wie nach A. D. H.-G.-B.

Wie der Schadenersatzanspruch hat auch das Eintrittsrecht des Prinzipals nach neuem H.-G.-B. im wesentlichen den gleichen Inhalt, wie das des A. D. H.-G.-B's. Die Erklärung des Prinzipals, dass er die Geschäfte des Handlungsgehülfen als für seine Rechnung geschlossen ansehen wolle, hat insbesondere eben nur die Wirkung, dass sie als für seine Rechnung, nicht als in seinem Namen geschlossen anzusehen sind. Der Gesetzgeber hat jeden Zweifel darüber, dass das Eintrittsrecht nur gegenüber dem Handlungsgehülfen, nicht gegenüber dem dritten direkte Wirkungen erzeugen soll, beseitigt durch die Fassung: „Er kann statt dessen verlangen, dass der Hand-

[1] Crome, System des bürgerlichen Rechts, § 108, S. 476.

lungsgehülfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse". Auch ist der Ausdruck „für Rechnung" jetzt für prägnant zu halten, wo seiner Schlüssigkeit die Aeusserungen in den Protokollen nicht mehr entgegenstehen. Dass statt der Vorschriften des bisherigen bürgerlichen Rechts die Grundsätze des B. G.-B's über die indirekte Stellvertretung es sind, denen analog das Eintrittsrecht zu konstruieren ist, ändert an seiner Gestaltung im wesentlichen nichts. Noch weniger wie nach altem H.-G.-B. kann nach dem neuen H.-G.-B. von einer Anwendung der Vorschriften für das Kommissionsgeschäft die Rede sein, da das neue H.-G.-B. unter Kommissionsgeschäft nur mehr den gewerbsmässigen Kauf und Verkauf von Waren oder Wertpapieren für Rechnung eines anderen versteht, die Vorschriften über das Kommissionsgeschäft analoge Anwendung aber nach § 406 nur finden, wenn „ein Kommissionär im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft anderer als der im § 383 bezeichneten Art für Rechnung eines anderen in eigenem Namen zu schliessen übernimmt", und wenn ein Kaufmann, der nicht Kommissionär ist, „im Betriebe seines Handelsgewerbes ein Geschäft in der bezeichneten Weise zu schliessen übernimmt".

In Bezug auf die Gestaltung des Eintrittsrechts im einzelnen ist auf das oben im ersten Teile Gesagte zu verweisen. Es kommen für die Cession und Schuldübernahme die Vorschriften des B. G.-B's in Anwendung, u. a. auch § 402, wonach der bisherige Gläubiger verpflichtet ist, „dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern". Das B. G.-B. kennt ebensowenig wie andere moderne Rechte eine „fingierte, weil erzwingbare Cession", dagegen einzelne bestimmte Fälle des gesetzlichen Forderungsübergangs, vor allem Zahlung einer Forderung durch einen Dritten.[1]

Nicht eine materielle Rechtsänderung, sondern lediglich den klaren Ausdruck einer bisher geltenden Rechtsfolge des Eintrittsrechts enthalten die Worte: „und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe". Hierin ist m. E. nur die ausdrückliche Statuierung eines Eintrittsrechts des Prinzipals in die Vertretungs- und Vermittelungsgeschäfte des Handlungsgehülfen enthalten, nicht ein Recht auf die bezogene Vergütung, ohne Rücksicht auf die Auslagen und Verpflichtungen, aus dem Geschäfte gegeben. Es wäre m. E. eine rein formalistische Auslegung, wollte man nur mit Rücksicht auf den Wortlaut, weil das Gesetz nur von dem Anspruch auf Herausgabe der Vergütung spricht, beispielsweise dem Prinzipal bei einem Kommissionsgeschäft des Handlungsgehülfen das

[1] Vergl. Neumann, Handausgabe des B.-G.-B's, Anmerkung 2a zu § 412 B.-G.-B's. An Stelle des § 779 der alten C.-P.-O. tritt § 894 der neuen C.-P.-O.

Recht geben, diesem Provision und ev. Delcredereprovision abzuverlangen, ohne die Pflicht, diesem Auslagen (die er von dem Kommittenten nicht zurückerstattet bekommen hat, weil sie nicht zu den nach § 670 B. G.-B's zu ersetzenden gehörten) zu ersetzen bezw. die Delcrederehaftung abzunehmen. Auf diese Weise wäre derjenige Handlungsgehülfe, der für fremde Rechnung Geschäfte gemacht hat, ohne jeden inneren Grund ungleich viel schlechter gestellt als der, der Geschäfte für eigene Rechnung gemacht hat, während es gerade die Absicht des Gesetzgebers war, die beiden Fälle gleichzustellen und ein Missverständnis, welches zwischen den beiden unterschied, zu beseitigen. M. E. erfolgte die ausdrückliche Betonung des Anspruchs des Prinzipals auf Herausgabe der Vergütung oder Abtretung des Vergütungsanspruchs bei den Geschäften für fremde Rechnung nur, um darauf hinzuweisen, dass hier der „Eintritt" in das Kommissionsgeschäft, nicht in das Ausführungsgeschäft stattfindet.

Ganz die gleichen Folgen treten für die Vertretungs- und Vermittelungsgeschäfte ein. Auch hier kann der Prinzipal ja nicht in die abgeschlossenen bezw. vermittelten Geschäfte eintreten (hier ist der Handlungsgehülfe auch äusserlich nicht Kontrahent), er muss also in die Vertretungs- und Vermittelungsgeschäfte eintreten und kann auf diesem Wege Herausgabe der aus dem Abschluss in fremdem Namen oder der Vermittelung bezogenen Vergütung bezw. Abtretung des Anspruchs auf dieselbe gegen Erstattung der (nicht ersetzten) Auslagen und Uebernahme der Verpflichtungen aus diesen Geschäften (beispielsweise Delcrederehaftung) verlangen. Bei dieser Auffassung ergiebt sich die durchaus logische Thatsache, dass ein „Eintritt" in die Kontrahentenstellung des Handlungsgehülfen stets da und nur da stattfindet, wo derselbe „richtiger" und dauernder, nicht nur vorübergehender Kontrahent (wie als Kommissionär gegenüber dem Dritten) eines Vertrages ist.

Entsprechend der Bestimmung in Art. 62, 2, des alten H.-G.-B's ist es auch nach § 72, 1, des neuen H.-G.-B's als wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, insofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, anzusehen, „wenn der Handlungsgehülfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt". Geringfügige Verbotsübertretung wird hiernach ebensowenig wie nach A. D. H.-G.-B. zur sofortigen Entlassung des Handlungsgehülfen berechtigen. Jede Verbotsübertretung dagegen giebt dem Prinzipal das Recht, auf Unterlassung zu klagen,[1] welches Recht, wie schon oben bemerkt, auch dann nicht entfällt, wenn der Prinzipal im übrigen die rechts-

[1] Der für die Zwangsvollstreckung in Betracht kommende § 775 der alten C.-P.-O. ist durch den § 890 der neuen C.-P.-O. ersetzt.

widrigen Geschäfte seines Handlungsgehülfen genehmigt, d. h. auf die Rechte aus § 61 und eine sofortige Entlassung verzichtet hat.

§ 16. Geltendmachung der Rechte des Prinzipals.

Was die Geltendmachung der dem Prinzipal bei Uebertretung des Konkurrenzverbotes zustehenden Rechte angeht, so ist hier ein grosser Unterschied zwischen dem Zustande nach altem und neuem Recht zu verzeichnen, indem der Schadenersatzanspruch und das Eintrittsrecht dem Prinzipal nicht mehr wie nach altem Recht kumulativ, sondern nur mehr alternativ zustehen. Gegen diese Aenderung hat sich s. Zt. de lege ferenda Lehmann[1] energisch ausgesprochen: „Versagt man dem Prinzipal den Schadenersatzanspruch bei Ausübung des Eintritts, so zwingt man ihn, unter Umständen einen Nachteil zu tragen, dessen Ersatz nach allgemeinen Gründen ihm doch zusteht. Der Prinzipal kann schon, um sich die Kundschaft zu erhalten, eintreten in Geschäfte, die ihm vielleicht Schaden bringen, weshalb er diesenfalls sich nicht an den Gehülfen, der vertragswidrig handelte, halten sollte", sei nicht einzusehen. Er nennt dann weiter den Hinweis auf die offene Handelsgesellschaft nicht zutreffend, weil die Treuverpflichtung hier minder weit gehe, und meint schliesslich, „bloss um der mechanischen Gleichregelung willen innere Differenzen zu übersehen, erscheint nicht angebracht". Ihm hat sich Cohn angeschlossen, der ebenfalls meint, dass gegen die Kumulation die Billigkeit nicht angerufen werden könnte, ebensowenig wie die Analogie des Art. 97 zutreffe.[2]

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Kritik gegen die Bestimmung des Entwurfs gerechtfertigt war, nachdem sie Gesetz geworden ist. Zu entscheiden aber ist die Frage, ob es sich im § 61 um eine Alternativobligation des B. G.-B's, § 262 ff., handelt oder um eine sog. facultas alternativa.

Letzteres behauptet Staub,[3] während Goldmann die Ansicht vertritt, dass es sich um eine Wahlschuld nach § 262 B. G.-B's handelt, bei der „beide Leistungen, sowohl der Schadenersatz als auch das Geltenlassen der für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen und die Herausgabe der aus Geschäften für fremde Rechnung bezogenen Vergütung, wie die Abtretung des Anspruchs auf die Vergütung in obligatione sind derart, dass nur die eine oder die andere Leistung zu bewirken ist". Dem ist nicht beizutreten. Es ist nicht richtig, dass in unserem Fall beide Leistungen in obligatione derart sind, dass nur die eine oder die

[1] a. a. O., S. 309.
[2] a. a. O., S. 226.
[3] a. a. O., Anmerkung 1 zu § 61, S. 254.

andere zu bewirken ist, sondern es ist zunächst nur eine Leistung in obligatione: der Schadenersatz. Dem Gläubiger „steht aber das Recht zu, statt des Geschuldeten etwas anderes zu verlangen, ohne dass eine echte Alternativobligation vorliegt".[1] Wenn der Gläubiger keine „Wahl" vornimmt, ist nicht, wie bei der echten Wahlschuld, ungewiss, welche Leistung geschuldet wird, sondern der Schadenersatzanspruch steht dem Gläubiger ohne weiteres zu. Der Gläubiger kann aber mit der Erklärung, dass er eintreten wolle, statt des Schadenersatzanspruchs das Eintrittsrecht geltend machen. Dafür, dass hier keine Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers anzunehmen, sondern eine facultas alternativa zu statuieren ist, ist auch der Wortlaut des § 61 heranzuziehen, indem anzunehmen ist, dass in demselben absichtlich die Wendung „nach Wahl" oder „wahlweise" vermieden ist und dafür „statt dessen" gesetzt ist, um den Gedanken an eine Wahlschuld des B. G.-B's auszuschliessen. „In den Fällen der §§ 56, 102, 117 des veröffentlichten ersten Entwurfs des H.-G.-B's wurde noch der Ausdruck „Wahl" gebraucht: in den entsprechenden §§ 60, Abs. 1, III, Abs. 1, 232, Abs. 2 ist der Ausdruck vermieden ebenso in den bezüglichen §§ 61, 113, 236, Abs. 2 des neuen H.-G.-B's."[2]

Es ist auch in der That praktisch durchaus unangebracht, was die Folge einer Alternativobligation wäre, dem Handlungsgehülfen nach § 264 das Recht zu gewähren, dem Prinzipal eine Frist zur Vornahme der Wahl zu bestimmen, wenn der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge ist, wie Goldmann will.[3] Denn der Handlungsgehülfe soll nicht den Prinzipal zu einer raschen Wahl drängen dürfen; es muss vielmehr diesem gestattet sein, ev. ruhig den Lauf der vom Handlungsgehülfen gemachten Geschäfte abwarten zu dürfen, bevor er sich schlüssig wird, ob er Schadenersatz verlangen oder „eintreten" will, umsomehr, als die Geltendmachung der Rechte an die kurze Verjährungsfrist von drei Monaten seit Kenntnis vom Abschlusse des Geschäftes gebunden ist. Ohne Rücksicht auf die Kenntnis verjähren die Ansprüche in fünf Jahren vom Abschlusse des Geschäftes an.

Das Recht, dem Handlungsgehülfen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, sowie das Recht, auf Unterlassung zu klagen, stehen dem Prinzipal neben den Rechten aus § 61 zu und werden durch die Geltendmachung oder Nichtgeltendmachung eines der Rechte nicht berührt. Behufs Geltendmachung der Rechte aus § 61 ist dem Prinzipal, ebenso wie nach altem Recht, eine Klage auf Rechnungslegung über die verbotswidrigen Geschäfte gegen den Handlungsgehülfen zu gewähren.[4]

---

[1] Windscheid, a. a. O., Bemerkung über die Alternativobligation, 1 c, S. 28.
[2] Planck, a. a. O., Anmerkung 2 zu § 179 B.-G.-B's, S. 228.
[3] a. a. O, S. 300, Anmerkung 1 I a. E.
[4] Siehe oben. Ferner Staub, a. a. O., Anmerkung 6 zu § 61, S. 254; Treitel, im Archiv für bürgerliches Recht, Band XIV, S. 33.

III. TEIL.

§ 17. Das gesetzliche Konkurrenzverbot in der Zeit vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900 und die Frage der rückwirkenden Kraft desselben.

Im vorhergehenden zweiten Teil dieser Abhandlung ist das Konkurrenzverbot nach neuem H.-G.-B. im Zusammenhange mit den die Vorschriften des sechsten Abschnittes des Handelsgesetzbuches ergänzenden Vorschriften des neuen H.-G.-B's und des B. G.-B's behandelt worden. Damit ist der Rechtszustand nach dem 1. Januar 1900 geschildert worden. Bevor wir nun auf die Frage der rückwirkenden Kraft der Vorschriften des neuen H.-G.-B's eingehen, ist das „eigentümliche Zwischenrecht“ [1] kurz zu betrachten, das die Verhältnisse der Handlungsgehülfen in der Zeit vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900 beherrscht. Um den Handlungsgehülfen die lang ersehnte Besserung ihrer Lage sobald wie möglich zu bringen, war in der Reichstagskommission [2] ein Antrag zu Art. 1, E.-G. des H.-G.-B's eingebracht: „Der sechste Abschnitt des ersten Buches des H.-G.-B's tritt am 1. Januar 1898 in Kraft“. Der Vertreter des Bundesrats erklärte, dass ihm die Tendenz des Antrages ganz sympathisch sei, er müsse jedoch darauf aufmerksam machen, dass technische Schwierigkeiten insofern wohl vorlägen, als mehrfach in dem Abschnitte auf Bestimmungen Bezug genommen sei, welche erst später in Kraft treten würden. Er verweise auf § 64, welcher Bestimmungen für anwendbar erklärt, die für Handlungsagenten vorgesehen sind und also noch nicht in Kraft treten sollen. Antragsteller änderte hierauf seinen Antrag dahin: „Der sechste Abschnitt des ersten Buches des H.-G.-B's mit Ausnahme des § 64 tritt am 1. Januar 1898 in Kraft“. In dieser Fassung wurde der Antrag sodann ohne weitere Debatte angenommen.

Dies die kurze (vielleicht zu kurze) Vorgeschichte des Art. 1, Abs. des Einf.-Gesetzes, an dessen Auslegung sich die Kontroversen über die Konstruktion des Zwischenrechts knüpfen, die zu vielen scharfen Aeusserungen über die nicht ebenso gediegene wie rasche Arbeit des Gesetzgebers an dieser Stelle geführt haben. Die Haupt-

---

[1] Staub, Das Recht der Handlungsgehülfen in der Zeit vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900. Deutsche Juristen-Zeitung, Band II, S. 333 ff.

[2] Drucksachen des Reichstags. No. 73, VII. Anlageband der stenographischen Berichte, S. 3032.

kontroverse entspann sich über die Frage,[1] ob die in § 62, Abs. 3, H.-G.-B's in Bezug genommenen §§ 842—846 B. G.-B's, ob diese und die in § 75, Abs. 2, Satz 2 H.-G.-B's angezogene Vorschrift des § 343 B. G.-B's, ob keine von diesen Stellen des B. G.-B's oder ob das ganze Bürgerliche Gesetzbuch für den Bereich des sechsten Abschnitts des ersten Buches mit dem 1. Januar 1898 in Kraft treten solle.

Verfasser dieser Arbeit schliesst sich den Ausführungen Pappenheims[2] an, der in Uebereinstimmung mit Staub,[3] Cohn[4] und Cosack[5] sich dahin ausspricht, dass „nur die §§ 842—846 und die in sie durch Verweisung einbezogenen Vorschriften des B. G.-B's als ein Teil der Vorschriften des sechsten Abschnittes bereits jetzt (1898) anzuwenden sind".[6] Es ist m. E. insbesondere Pappenheim darin zu folgen, „dass die Bezugnahme auf jene Bestimmung nicht materiell deren Geltung voraussetzt, sondern nur die formale Bedeutung eines abkürzenden Ausdrucks hat, die ebensogut durch die Einrückung der betreffenden Wortfassung hätte ausgedrückt werden können".[7] Leider berührt Pappenheim die Frage nicht, ob der Begriff des Handlungsgehülfen in der Zeit zwischen dem 1. Januar 1898 und dem 1. Januar 1900 einen anderen Inhalt haben soll, wie nach dieser Zeit. Diese Frage aber ist es, die gerade für die Auslegung der den Gegenstand unserer Abhandlung bildenden Bestimmungen von entscheidender Wichtigkeit ist, leider aber hinter den Kontroversen über die vorzeitige Geltung des H.-G.-B's sehr zurücktritt, obwohl sie doch für die ganzen Rechtsverhältnisse der Handlungsgehülfen von entscheidender Bedeutung ist. Von Staub,[8] Horrwitz[9] wird die Behauptung aufgestellt, dass vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900 der Begriff des Handelsgewerbes sich nach altem H.-G.-B. bestimme. „Wer z. B. bei einem Grundstücksspekulanten angestellt ist, ist in der Zwischenzeit nicht Handlungsgehülfe, weil nach dem alten H.-G.-B. ein Grundstücksspekulant nach dem Art. 225 kein Handelsgewerbe betreibt, wohl aber kann er nach dem neuen H.-G.-B. Kaufmann (§ 2 des H.-G.-B's) und sein Angestellter daher Handlungsgehülfe sein. Die Segnungen des neuen H.-G.-B's kommen daher in der Zwischenzeit zum Teil anderen Personen zugute, als nach

---

[1] Uebersicht über die Kontroverse von Keyssner, in Goldschmidts Zeitschrift, Band 47, S. 506.

[2] Gruchots Beiträge, 6. F., Band II, S. 309, und Goldschmidts Zeitschrift, Band 46, S. 379.

[3] Juristen-Zeitung, a. a. O., S. 333.

[4] Ibid., Band II, S. 344 ff.

[5] a. a. O., S. 769.

[6] Bei Gruchot a. a. O., S. 316.

[7] Bei Goldschmidt a. a. O., S. 377, Anmerkung 3. — Vergl. auch Keyssenberger in Juristen-Zeitung, Band II, S. 422.

[8] Juristen-Zeitung a. a. O., S. 334, No. 4.

[9] a. a. O., S. 4. Ebenso Hase, a. a. O., S. 1. Moses, Recht der Handlungsgehülfen und Lehrlinge; Kapitel 7, S. 38; Heintz, vergleichende Studien über die Rechtsverhältnisse der Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten und Handlungsgehülfen, S. 41.

dem 1. Januar 1900.“ [1] Ebenso erklärt Düringer-Hachenburg: [2] „vom 1. Januar 1898 ab bestimmt sich der Begriff des Handlungsgehülfen nur nach neuem Rechte, aber, was Handelsgewerbe ist, muss bis 1. Januar 1900 noch nach bisherigem Recht beurteilt werden“. M. E. hebt von diesen beiden Sätzen offenbar der zweite den ersten auf. Der Begriff des Handlungsgehülfen nach neuem H.-G.-B. ist in § 59: „Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt ist“, definiert. Danach ist eine der Voraussetzungen derselben, dass der Betrieb, in dem jemand zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellt ist, ein Handelsgewerbe ist. Hat nun „Handelsgewerbe“ einmal die diesem Begriff im alten, einmal die demselben im neuen Gesetzbuch zukommende Bedeutung, so ist entweder die Definition des neuen H.-G.-B's nicht eindeutig, die Begriffsbestimmung lässt zwei ganz verschiedene Auslegungen zu, d. h. sie ist überhaupt keine erschöpfende Begriffsbestimmung, oder die Behauptung ist falsch, dass der Begriff des Handlungsgehülfen in beiden Fällen vorliegt, wenn „Handelsgewerbe“ im einen oder anderen Sinne vorliegt. Das letztere ist der Fall; es kann m. E. keinem Zweifel unterliegen, dass ein Handlungsgehülfe nach den Vorschriften des sechsten Abschnitts des H.-G.-B's nur dann vorliegt, wenn eine Person zur Leistung kaufmännischer Dienste in einem Betriebe angestellt ist, der ein Handelsgewerbe im Sinne des § 1 ff. des neuen H.-G.-B's ist. Der sechste Abschnitt des ersten Buches des H.-G.-B's ist eben ein Teil dieses und nicht des alten Gesetzbuches, und seine Bestimmungen können nur im Zusammenhang mit den Bestimmungen des neuen Gesetzbuches ausgelegt werden, und wo auf einen Begriff eben dieses Gesetzbuches verwiesen wird, kann nicht ohne weiteres der Begriff eines anderen Gesetzbuches an die Stelle gesetzt werden. Darin kann auch nichts ändern, dass die Vorschriften des sechsten Abschnittes vor dem ganzen Handelsgesetzbuche in Kraft getreten sind. Nach der gegnerischen Ansicht hat der sechste Abschnitt des ersten Buches des H.-G.-B's in der Zwischenzeit vom 1. Januar 1898 bis 1. Januar 1900 einen anderen Inhalt. Er wird gewissermassen zweimal eingeführt, am 1. Januar 1898 mit Modifikationen infolge des alten Rechts, am 1. Januar 1900 mit seinem eigentlichen Inhalt. Das widerspricht aber der gesetzlichen Einführungs-Bestimmung, nach welcher der sechste Abschnitt des ersten Buches mit Ausnahme des § 65 ohne irgend welche weitere Modifikation bereits am 1. Januar 1898 in Kraft tritt, während der übrige Teil des H.-G.-B's erst am 1. Januar 1900 in Kraft tritt. Es ist mit dem Begriff des Handelsgewerbes genau so, wie mit den in § 62 angezogenen Vorschriften des B. G.-B's, §§ 842 bis 846. Wie an letzterer Stelle, statt die Vorschriften formell im Wortlaut einzusetzen, auf den Abdruck derselben im B. G.-B. ver-

[1] Juristen-Zeitung a. a. O., S. 334, No. 4.
[2] a. a. O., S. 205.

wiesen wird, während sie materiell durch die Bezugnahme Teile der handelsgesetzlichen Vorschriften des § 62 sind, so wird in dem § 59 mit dem Wort „Handelsgewerbe" auf die Bestimmung dieses Begriffes in § 1 ff. des H.-G.-B's und nur auf diese verwiesen, anstatt dass dieselben hier im Wortlaut wiederholt sind. Materiell gehört der Begriff des Handelsgewerbes nach neuem H.-G.-B. zu den Vorschriften des sechsten Abschnitts über die Handlungsgehülfen, wenn er auch formell in demselben nicht vorkommt. Die hier vertretene Ansicht ist auch die Makowers, denn auch nach seiner Auffassung kann „bis zum Inkrafttreten des B. G.-B's und der übrigen Teile des H.-G.-B's nicht bereits das neue bürgerliche Recht und der übrige Teil des Handelsgesetzbuches bei Anwendung der Bestimmungen des Handlungsgehülfen benutzt werden, ausser soweit ausdrücklich darauf verwiesen ist, wie auf den neuen Begriff des Handlungsgehülfen in § 59 und den §§ 842—846, in § 62, Abs. 3; keine solche Verweisung ist die Erwähnung des B. G.-B's in § 75, Abs. 2." [1]

Danach sind nun allerdings mit dem 1. Januar 1898 Personen Handlungsgehülfen geworden, deren Prinzipale nach altem H.-G.-B. keine Kaufleute waren und demgemäss bis zum 1. Januar 1900 nur im Verhältnis zu ihren Gehülfen, nicht aber im übrigen als Kaufleute behandelt werden. Dieses Resultat kann merkwürdig genannt werden. Es ergiebt sich aber aus der vorzeitigen (man darf wohl sagen, voreiligen) Einführung des sechsten Abschnittes des ersten Buches des neuen H.-G.-B's vor dem ganzen Gesetzeswerk und ist jedenfalls logisch, im Gegensatz zu der gegnerischen Auffassung, wonach dieselbe Person nach denselben Gesetzesbestimmungen vor und nach einem bestimmten Termin eine Eigenschaft haben und nicht haben solle, ohne dass der Termin in den Gesetzesbestimmungen irgend welche Aenderungen hervorbringt. Das Resultat führt auch nicht zu irgend wie unzuträglichen Konsequenzen. Kaufmännische Angestellte müssen es ja jedenfalls sein, auf die die Vorschriften über Handlungsgehülfen angewendet werden sollen, und es hätten auch ebensogut allgemein die kaufmännischen Angestellten irgend welchen Gewerbebetriebes den kaufmännischen Angestellten in „Handelsgewerben" nach altem H.-G.-B. durch eine Novelle zur Gewerbeordnung gleichgestellt werden können, ohne dass darin ein innerer Widerspruch gelegen hätte. Die Stellung eines Handlungsgehülfen hat danach auch schon vom 1. Januar 1898 an der zu kaufmännischen Diensten angestellte Gehülfe des Lagerhalters (der es auch wohl ohnedies als Handlungsgehülfe eines Spediteurs war, da das Geschäft des Lagerhalters ohne Verbindung mit einem Speditionsgeschäft bisher wohl nur äusserst selten vorgekommen ist), und ebenso ist der Handlungsgehülfe eines Schleppschiffahrtsunternehmers schon mit

[1] a. a. O., Vorbemerkung zum 6. Abschnitt, IV, S. 108, 109.

dem 1. Januar 1900 seinen Kollegen von der „Personen- und Güter-Reederei" gleichgestellt. In allen Betrieben dagegen, die nach § 2 des H.-G.-B's dann Handelsgewerbebetriebe sind, wenn sie „nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordern und in das Handelsregister eingetragen sind, können die kaufmännischen Angestellten vor dem 1. Januar 1900 deshalb keine Handlungsgehülfen sein, weil die Betriebe, in denen sie angestellt sind, vor dem 1. Januar 1900 nicht eingetragen sein können, da erst mit diesem Zeitpunkt Eintragungsmöglichkeit und -zwang für sie vorliegen. So lange sie aber nicht eingetragen sind, liegt kein Handelsgewerbe vor. Deshalb ist der Buchhalter eines Grundstücksspekulanten bis zum 1. Januar 1900 auch nach meiner Ansicht kein Handlungsgehülfe, weil sein Prinzipal sein Geschäft vor dem 1. Januar 1900 nicht eintragen lassen kann, ebenso wie er es auch nach dem 1. Januar 1900 so lange nicht wäre, wie sein Prinzipal die Eintragung pflichtwidrig unterlässt.

Ist sonach für den Begriff des Handlungsgehülfen, wie den des Handelsgewerbes in der Zwischenzeit nur das neue Recht massgebend, so ist da, wo die Vorschriften des Abschnittes durch das Allgemeine bürgerliche Recht ergänzt werden, nicht das Bürgerliche Gesetzbuch, sondern das bis zum 1. Januar 1900 geltende Bürgerliche Recht massgebend. [1]

Was das uns beschäftigende gesetzliche Konkurrenzverbot angeht, so wird sich der Schadenersatzanspruch des Prinzipals gegen den Handlungsgehülfen (nach neuem Recht) wegen des Betriebes eines Handelsgewerbes (nach neuem Recht) oder Geschäftemachens in seinem Handelszweig bis 1. Januar 1900 nach Art. 283 des H.-G.-B's und den dahinter stehenden Landesrechten in der im ersten Teil dieser Arbeit beschriebenen Weise gestalten, ebenso die Verjährung seiner Rechte nach den Vorschriften des gemeinen, preussischen, französischen und sächsischen Rechte gestalten.

An das „merkwürdige Zwischenrecht" mit seinem so kontroversen Inhalt schliesst sich ganz natürlich eine Kontroverse über die rückwirkende Kraft seiner Bestimmungen oder eines Teiles derselben. M. E. ist hier insbesondere, was das gesetzliche Konkurrenzverbot angeht, die rückwirkende Kraft der Bestimmungen des neuen H.-G.-B's zu verneinen. [2] Das „Zwischenrecht" gilt nicht für die am 1. Januar 1900 bereits bestehenden Verhältnisse, auch wenn diese über den ersten Kündigungstermin hinaus fortgesetzt sind. Der Art. 171 des Einführungsgesetzes zum B. G.-B. ist für die Zeit vor

---

[1] Anderer Ansicht vor allen Wolff in Holdheims Monatsschrift, Band IV, S. 234 ff.

[2] Ebenso Pappenheim bei Gruchot, a. a. O., S. 323 ff.; Cosack, a. a. O., S. 768. Anderer Meinung: Habicht, die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuches auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, S. 306.

dem 1. Januar 1900 nicht anwendbar.[1] Dieser Artikel des E.-G's zum B. G.-B. findet dagegen unbestritten vom 1. Januar ab analoge Anwendung für das Handlungsgehülfenverhältnis. Er lautet: „Ein zur Zeit des Inkrafttretens des B. G.-B's bestehendes Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des B. G.-B's für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, von diesem Termin an nach den Vorschriften des B. G.-B's". Demnach bestimmen sich die vor dem Inkrafttreten des H.-G.-B's im ganzen am 1. Januar 1900 bestehenden Verhältnisse vom ersten vertragsmässigen oder gesetzlichen (A. D. H.-G.-B.) Kündigungstermine ab, über den hinaus sie fortgesetzt werden, nach den Bestimmungen des neuen H.-G.-B's, tritt insbesondere für sie an die Stelle des gesetzlichen Konkurrenzverbotes nach altem H.-G.-B. das gesetzliche Konkurrenzverbot nach neuem H.-G.-B.

[1] Anderer Meinung: Staub, Juristen-Zeitung. S. 334; Wolff, a. a. O., S. 234. Für die im Text vertretene Meinung: Cosack, a. a. O., S. 764; Lehmann-Ring, a. a. O., No. 18 zu § 59, S. 156; Pappenheim, a. a. O., S. 323 ff.; Lehmann in Goldschmidts Zeitschrift, Band 48, S. 10; Ritter, a. a. O., S. 134 ff.

SCHLUSS.

§ 18. Das gesetzliche Konkurrenzverbot und die sogenannte Konkurrenzklausel.

Ist den Bestimmungen des neuen H.-G.-B's über das gesetzliche Konkurrenzverbot so eine rückwirkende Kraft auf die vor seinem Inkrafttreten begründeten Rechtsverhältnisse unzweifelhaft nicht zuzusprechen, so hat sich über die Frage der rückwirkenden Kraft der Bestimmungen in den §§ 74, 75 über die Gültigkeit und Zulässigkeit der sogenannten Konkurrenzklausel ein grosser Streit entsponnen.

In dieser interessanten Kontroverse wollen die einen, weil es sich in den Vorschriften der §§ 74, 75 um zwingendes Recht handele, dieselben in Bezug auf die am 1. Januar 1898 bestehenden Dienstverhältnisse mit rückwirkender Kraft anwenden. So erklärt Staub:[1] „Die Vorschriften des § 74 haben exklusiven Charakter und sind deshalb schon am 1. Januar 1898 in Kraft getreten, gleichviel ob eine zulässige Kündigung erfolgt war oder nicht". Dagegen hat vor allem das Reichsgericht in längerer Entscheidung[2] den Standpunkt vertreten, dass aus der zwingenden Natur der Vorschrift nur folgt, „dass sie unter ihrer Herrschaft, aber in der Zukunft nicht durch Vertrag abgeändert werden dürfe", nicht aber, dass ihr deshalb rückwirkende Kraft zukomme, was dann der Fall hätte sein können, „wenn die Konkurrenzklausel überhaupt dem jetzigen Rechts- und Sittlichkeitsgefühl unbedingt widerspreche und nicht geduldet werden könne", was nicht zutreffe.

Wie aber durch diese Kontroverse, auf die hier näher nicht einzugehen ist, so haben die Vorschriften über die sogen. Konkurrenzklausel auch sonst weit mehr als die Modifikation des gesetzlichen Konkurrenzverbotes im neuen H.-G.-B. und das gesetzliche Konkurrenzverbot überhaupt das Interesse der juristischen Welt erregt und so dem gesetzlichen Konkurrenzverbot so sehr „Konkurrenz gemacht", dass es auch bei dem Namen „Konkurrenzverbot" des stetigen Zusatzes „gesetzliches" bedarf, wenn nicht auch unter den ihm nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes nicht zukommenden „Konkurrenzverbot" die viel bekanntere „Konkurrenzklausel" verstanden werden soll. Freilich, die Bestimmungen des § 75 haben eine weit grössere Aenderung in den von ihnen betroffenen Rechtsverhältnissen hervorgerufen, als die der §§ 60, 61.

Nach dem Rechte des A. D. H.-G.-B's waren die sogen. Konkurrenzklauseln, die vertragsmässigen Stipulationen eines Konkurrenz-

[1] a. a. O., S. 292, Anmerkung 16 zu § 74.

[2] III, C.-S. vom 18. November 1898, Band 42, No. 24, S. 97 ff.

verbotes für den Handlungsgehülfen nach seinem Austritt aus dem Geschäfte des Prinzipals „an bestimmt begrenzte und daher im Einzelfall erkennbare Schranken nicht gebunden".[1] Es enthielt vielmehr nur den Grundsatz, „dass die persönliche Freiheit und Erwerbsfähigkeit des Einzelnen nicht übermässig beschränkt und nur ein begründetes Interesse geschützt werden darf", „das dehnbare Prinzip, nach welchem im Einzelfalle zu beurteilen" war, „ob die Vereinbarungen der Parteien sich nach der konkreten Sachlage innerhalb gesetzlicher Grenzen gehalten haben".[1] Dagegen hat nun das neue H.-G.-B. in § 74 — ohne sich aus dem Verstosse gegen das Dogma der Vertragsfreiheit ein Gewissen zu machen — die Gültigkeit der sogen. Konkurrenzklausel in weitem Masse eingeschränkt durch die bestimmte Vorschrift des § 74, Abs. 2 und 3, wonach die Beschränkung „nicht auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren von der Beendigung des Dienstverhältnisses an erstreckt werden kann", und die Vereinbarung nichtig ist, „wenn der Handlungsgehülfe zur Zeit des Abschlusses minderjährig ist", und die generelle Vorschrift des Abs. 1, nach der „eine Vereinbarung zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehülfen, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, für den Handlungsgehülfen nur insoweit verbindlich ist, „als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Handlungsgehülfen ausgeschlossen wird".

Mit Recht wird man hiernach die Bestimmungen des § 75 an erster Stelle hervorheben, wenn man von den Segnungen des neuen H.-G.-B's, seiner „sozialen" Gestaltung des Handlungsgehülfen-Verhältnisses spricht. Aber man darf auch in diesem Zusammenhang die Modifikation des gesetzlichen Konkurrenzverbotes durch das neue H.-G.-B. nicht vergessen, durch welche es dieses Institut von dem letzten ihm noch anhaftenden Reste mittelalterlichen Zunftgeistes befreite, indem es das Verbot von Handelsgeschäften jeder Art, welche harte Bestimmung in dem Dienstverhältnis des Handlungsgehülfen zum Prinzipal einen genügenden Grund nicht fand, durch das Verbot des Betriebes eines Handelsgewerbes und von Handelsgeschäften im Geschäftszweige des Prinzipals ersetzte. Erst mit dem neuen H.-G.-B. ist die Umwandlung des Konkurrenzverbotes aus einem auf dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Gehülfen und seinem Dienstherrn aufgebauten Machtgebot des Prinzipals in eine aus der Natur der von dem Handlungsgehülfen vertragsmässig geschuldeten Leistungen mit Notwendigkeit folgende gesetzliche Thätigkeitsbeschränkung desselben ganz vollendet.

[1] R.-G., Band 31, No. 18, S. 97 ff., S. 99; E. d. III. C.-S. vom 19. Mai 1893. Cfr. auch Staub, 5. Auflage, § 2 zu Art. 59, S. 115.